ماشاء الله لا قوة الا بالله

(الجــــزء الثامن)

من نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى
زاده أفندى قاضى عسكرى روملى وهى
تكملة فتح القــدير للمحقق الكمال بن
الهمام على شرح الهــداية
رحمهم الله تعالى آمين

وبهامشــه شرح العناية على الهــداية للامام أكمل الدين محمــد بن محمود البابرتى المتوفى سـنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى الشــهير بسعدى چلبى و بسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهــداية

﴿تنبيـــه﴾ قـــد جعلنـا الهــداية والتكملة فى الصلب الاول فى صدر الصحيفة ويليه الثانى مفصولا بينهـما بجدول وكـذلك جعلنا شرح العناية وحاشـية سـعدى چلبى الاول فى صدر الهامش ويليه الثانى فليعلم

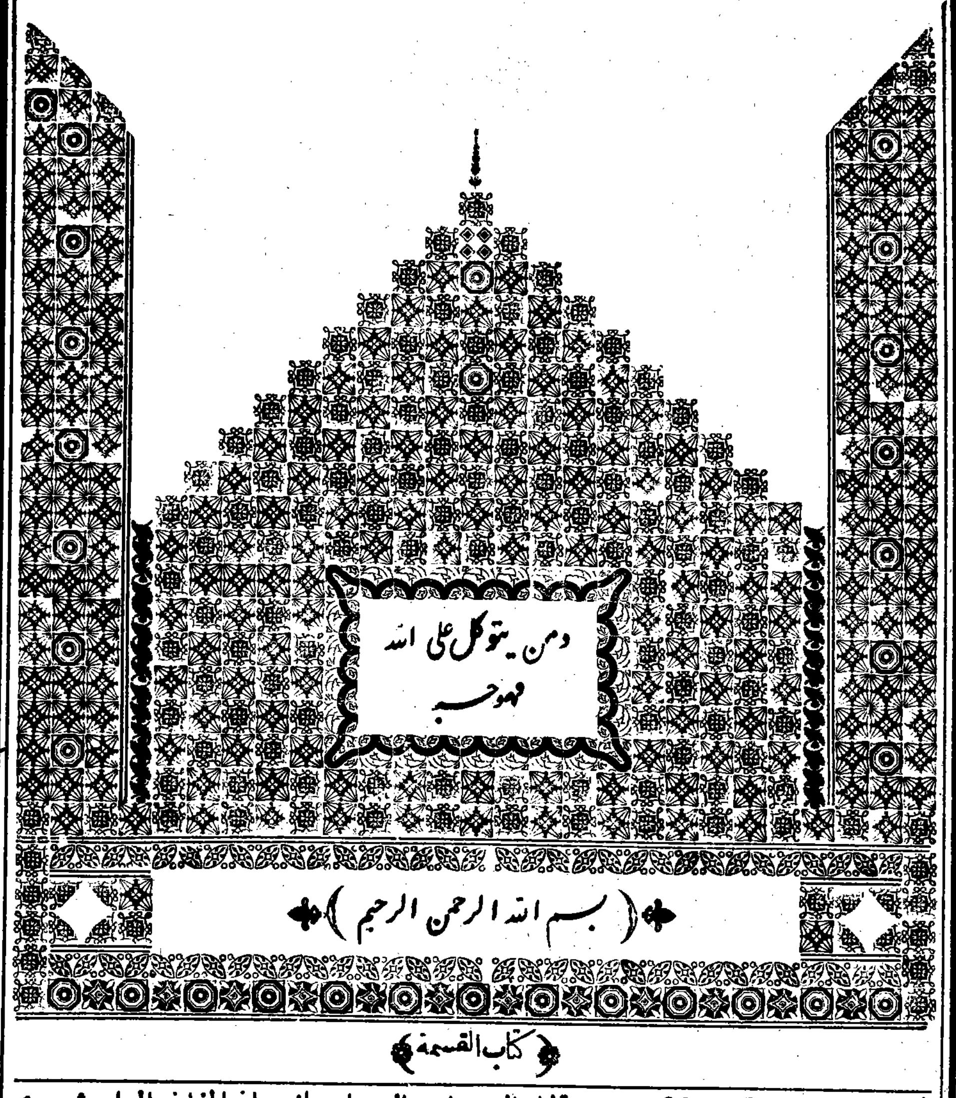
(محل بيعه مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه بجوار المسجد الحسينى بمصر)

﴿الطبعة الأولى﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سـنة ١٣١٨
هجرية

(بالقسم الأدبي)



كتاب القسمة

القسمة فى الاعيان المشتركة مشروعة لان النبى عليه السلام باشرها فى المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له

كتاب القسمة

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع لما أن أقوى أسباب الشفعة الشركة فان أحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة هذا زبدة ما فى عامة الشروح وقال فى النهاية ومعراج الدراية بعد ذلك أو لان القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة والنفى يقتضى سبق الثبوت فكانت بين الشفعة والقسمة مناسبة المضادة والمتضادان يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفى كما فى الامر والنهى والنكاح والطلاق انتهى أقول فيه بحث لان كون القسمة نافية للشفعة قاطعة لوجوبها رجوعا الى قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة انما يتمشى على أصل الشافعى فانه لم يجوز الشفعة بالجوار واستدل عليه بالحديث المذكور وأما على أصل أئمتنا فلا لانهم جوزوا الشفعة بالجوار أيضا واستدلوا عليه باحاديث أخرى وأجابوا عن استدلاله بالحديث المذكور بان آخر الحديث

كتاب القسمة

أورد القسمة عقيب الشفعة لان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع فان أحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدمه باع ووجب عنده الشفعة وقدم الشفعة لان بقاء ما كان على ما كان أصل وهى فى اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وفى الشريعة جمع النصيب الشائع فى مكان معين وسببها طلب أحد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المذروعات والعد فى المعدودات وشرطها أن لا تفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام ونحوهما وهى مشروعة فى الاعيان المشتركة لان النبى عليه الصلاة والسلام باشرها فى المغانم والمواريث وغير ذلك وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هى لا تعرى عن معنى المبادلة سواء كانت فى ذوات الامثال أو فى غير ذوات الامثال لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له

كتاب القسمة

(قوله وقدم الشفعة الخ) أقول أو يقال قدم الشفعة لعمومها الشركة والجوار بخلاف القسمة (قوله لان بقاء ما كان على ما كان أصل) أقول يعنى الشركة وأنت خبير بان فى القسمة أيضا بقاء الملك و بعضه

وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة

وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ليس بثابت ولئن ثبت فمعناه نفى الشفعة بسبب القسمة الحاصلة بوقوع الحدود وصرف الطرق فان القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كان الموضع موضع أن يشكل انه هل يستحق بها الشفعة كالبيع فبين عليه الصلاة والسلام عدم ثبوت الشفعة بها وقد مر الجواب بهذا التفصيل عن استدلال الشافعى بالحديث المذكور فى أوائل كتاب الشفعة فى عامة الشروح حتى النهاية ومعراج الدراية فما معنى بناء وجه المناسبة ههنا على ما هو المزيف هنالك ثم ان القول بأن النفى يقتضى سبق الثبوت ينافى ما تقرر فى المعقولات من أن السلب لا يقتضى وجود الموضوع وان القول بان المتضادين يفترقان أبدا مع تقدم المثبت على المنفى ممنوع ألا ترى الى قوله تعالى وجعل الظلمات والنور وقوله تعالى خلق الموت والحياة ونحو ذلك كيف تقدم المنفى هنالك على المثبت قال صاحب العناية وقدم الشفعة لان بقاءها كان على ما كان أصل انتهى أقول فيه نظر وهو أنه كما أن فى الشفعة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها الشيوع على حاله وان زال ملك أحد الشريكين كذلك فى القسمة بقاء ما كان على ما كان حيث يبقى فيها ملك أحد الشريكين فى البعض على حاله وان زال الشيوع بل هذا البقاء هو المناسب لما ذكر وافى وجه مناسبة القسمة بالشفعة من ان أحد الشريكين اذا أراد الافتراق مع بقاء ملكه طلب القسمة ومع عدم بقائه باع فوجب عنده الشفعة فيكون بقاء ما كان على ما كان أصلا لا يرجح تقديم الشفعة كما لا يخفى ثم ان القسمة فى اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء وفى الشريعة جمع النصيب الشائع فى مكان معين وسببها طلب أحد الشريكين الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها الفعل الذى يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والذرع فى المذروعات والعد فى المعدودات وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة ولهذا لا يقسم الحائط والحمام وما أشبه ذلك (قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة) وتحقيقه أن ما يأخذه كل واحد منهما ليس بمثل لما تركه على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما كذا فى العناية أقول هنا اشكال وهو انه قد علم مما ذكرنا فى الكتاب والشروح أن القسمة لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز فى جميع الصور سواء كانت فى ذوات الامثال أو فى غير ذوات الامثال لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين فما يأخذه كل واحد منهما بعضه كان ملكه لم يستفده من صاحبه وبعضه الآخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما بقى من حقه فى يد صاحبه فكانت القسمة فى كل صورة بالنظر الى البعض الذى كان ملكه افرازا وبالنظر الى البعض الآخر مبادلة واذا كان الامر كذلك فكون معنى المبادلة هو الظاهر فى غير ذوات الامثال كالحيوانات والعروض غير واضح اذ غاية الامر أن البعض الذى يأخذه كل واحد منهما عوضا عما بقى من حقه فى يد صاحبه ليس بمثل بيقين لما تركه على صاحبه من حقه فى غير ذوات الامثال فلم يكن أخذ ذلك بمنزلة أخذ عين حقه حكما فلم يتحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى ذلك البعض ولا يلزم منه أن لا يتحقق الافراز فيه بالنظر الى البعض الذى هو عين حقه فى الحقيقة اذ لا شك أن أخذه هذا البعض افراز لا يتصور فيه مبادلة فقد تحقق فى غير ذوات الامثال بالنظر الى ما يأخذه كل واحد منهما

وبعضه لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقى من حقه فى نصيب صاحبه فعلى هذا كانت القسمة مبادلة وافرازا والمعنى من الافراز هو أن يقبضه بعين حقه والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات فكان كل ما أخذ أحدهما من نصيبه مثل ما تركه عليه بيقين فأخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين ألا ترى أن أخذ المثل فى القرض جعل كأخذ العين فجعل القرض بذلك بمنزلة العارية فكان الافراز فيها أظهر لا محالة ولهذا كان لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه واقتسماه جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما أخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع أحدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة وتحقيقه أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما تركه على صاحبه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ العين حكما ولما استشعر أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض لما أجبر الآبى على القسمة فى ذلك

الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد

من عين حقه افراز دون المبادلة وبالنظر الى ما يأخذه من نصيب صاحبه مبادلة بدون الافراز فكان معنيا الافراز والمبادلة فيه متساويين فمن أين ثبت ظهور معنى المبادلة فيه كما ادعوه قاطبة بخلاف ما قالوا في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات من ظهور معنى الافراز فيها فانه واضح لان أخذ كل واحد منهما فيها ما هو عين حقه من نصيبه افراز بلا شبهة وأخذ كل واحد منهما فيها ما هو نصيب صاحبه بمنزلة أخذ عين حقه لكون نصيب صاحبه فيها مثل حقه بيقين وأخذ المثل بيقين يجعل كأخذ العين حكما كما في القرض فتحقق فيها معنى الافراز بالنظر الى البعض الآخر أيضا فكان هو الظاهر فيها والحاصل انهم لو قالوا معنى الافراز ظاهر في ذوات الامثال وغير ظاهر في غير ذوات الامثال بل معنيا الافراز والمبادلة سيان فيه لكان الامر هينا ولما قالوا معنى المبادلة ظاهر في غير ذوات الامثال أشكل ذلك كما ترى وذكر صاحب النهاية وجها أبسط مما ذكر في العناية لظهور معنى المبادلة في غير ذوات الامثال ناقلا عن المغني حيث قال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال كلها وبه صرح في المغني وغيره فقال في المغني وأما القسمة في غير ذوات الامثال فشبه المبادلة فيها راجح لانها افراز حكما من وجه ومن حيث الحقيقة هي مبادلة من كل وجه أما الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلان نصف ما يأخذه كل واحد منهما مثل لما ترك على صاحبه باعتبار القيمة وأخذ المثل كأخذ العين حكما فكان افرازا الا أن ما يأخذ كل واحد منهما ليس بمثل لما ترك على صاحبه بيقين لان المقسوم ليس من ذوات الامثال وفيما ليس من ذوات الامثال لا تثبت المعادلة بيقين فالافراز مع المبادلة استويا في الحكم ثم ترجحت المبادلة بالحقيقة الى هنا كلامه أقول لا يذهب عليك ان الاشكال الذي ذكرناه يتجه عليه مع زيادة لانه انما يدل على تحقق رجحان معنى المبادلة فيما يأخذه كل واحد منهما من نصيب صاحبه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه لا على تحقق رجحان ذلك في المقسوم كله كيف وما يأخذه كل واحد منهما من نصيب نفسه لا يوجد فيه الا الافراز محض لان معنى الافراز ان يقبض عين حقه وأخذ كل واحد منهما نصيب نفسه قبض لعين حقه لا غير والمدعى رجحان المبادلة في القسمة الشاملة لجميع أجزاء المقسوم في غير ذوات الامثال وهو غير لازم من الوجه المذكور بل فيه دلالة على رجحان معنى الافراز في ذلك اذ لا شك أن أخذ كل واحد منهما عين حقه من نصيب نفسه افراز محض واذا كان أخذ كل واحد منهما نصيب صاحبه أخذ المثل ما ترك على صاحبه من حق نفسه باعتبار القيمة وكان أخذ ذلك المثل كأخذ العين حكما فكان افرازا كما صرح به في الوجه المذكور كان معنى الافراز في ذلك ظاهرا راجحا لتحققه في جميع أجزاء المقسوم وتحقق المبادلة في بعضها كما تحققته (قوله الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد) هذا جواب سؤال مقدر يرد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوان والعروض بان يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر في ذلك لما أجبر الآبي على القسمة في غير ذوات الامثال كذا في عامة الشروح أقول ههنا أيضا اشكال وهو انه ان أريد بقوله لان فيه معنى الافراز أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه فلا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ يبقى الكلام حينئذ في الاجبار على أخذ النصيب الآخر الذي يتحقق معنى المبادلة بالنظر اليه ويظهر على ما قالوا وان أريد بذلك أن فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الذي كان لصاحبه ويأخذه عوضا عما ترك على صاحبه من حق نفسه كما هو الملائم لقوله لتقارب المقاصد فذلك ينافي ما تقدم من القول بان معنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال اذ لا شك في تحقق معنى الافراز فيه بالنظر الى النصيب الذي يأخذه أحد الشركاء لعين حقه واذا تحقق فيه معنى الافراز بالنظر الى النصيب الآخر أيضا كان معنى

أجاب بقوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر

والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين وهذا لان أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه و يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته وان كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال (و ينبغى للقاضى أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضى ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته فى مالهم غرما بالغنم قال (فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر) معناه باجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كى لا يتحكم بالزيادة والافضل أن يرزقه من بيت المال لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة

الافراز فيه ظاهرا جدا فانى يتصور القول بان معنى المبادلة هو الظاهر فيه فتأمل ثم أقول لو قال المصنف لان فيه امكان المعادلة بدل قوله لان فيه معنى الافراز لكان سالما عن هذا الاشكال و كان مناسبا لا محالة لقوله لتعذر المعادلة فى تعليل عدم الاجبار على القسمة فيما اذا كانت أجناسا مختلفة كما سيأتى تبصر تقف (قوله والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين) يعنى انه لا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها على ما عرف فصار ما يؤدى المديون بدلا عما فى ذمته أقول لقائل أن يقول جريان الجبر فى قضاء الدين لكون ما أخذه الدائن من البدل مثل ما ثبت فى ذمة المديون بيقين وقد صرحوا بان أخذ مثل الحق بيقين بمنزلة أخذ العين وعن هذا جعلوا أخذ المثل فى القرض كأخذ العين فجعلوا القرض لذلك بمنزلة العارية بخلاف ما نحن فيه من غير ذوات الامثال فان ما يأخذه أحد الشركاء فيه من نصيب الآخر ليس مثل ما ترك عليه من حق نفسه بيقين فلم يكن بمنزلة أخذ عين الحق وعن هذا قالوا ان معنى المبادلة فيه هو الظاهر فمن ذلك نشأ السؤال المقدر واحتيج الى الجواب الذى نحن بصدده فكيف يتم قياس جريان الجبر فيما نحن فيه على جريانه فى قضاء الدين مع تحقق الفرق الواضح بينهما (قوله ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى فى التجارة شرط بالنص انتهى أقول هذا الشرح غير مطابق للمشروح وليس بتام فى نفسه لانه ان أراد أن القسمة فى مختلف الجنس مبادلة محضة كالتجارة فهو ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى المبادلة والافراز الا أن معنى الافراز هو الظاهر فى ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر فى غيرها وان أراد أن المبادلة فى قسمة مختلف الجنس هى الظاهرة فهو مسلم لكن الامر كذلك فى قسمة غير مختلف الجنس من غير ذوات الامثال مع أن التراضى ليس بشرط فيها على أن كون التراضى شرطا فى التجارة بالنص لا يدل على كون ذلك شرطا فى قسمة مختلف الجنس أيضا لان قسمته ليست فى معنى التجارة من كل الوجوه اذ القسمة مطلقا لا تعرى عن معنى الافراز البتة بخلاف التجارة فكيف تلحق احداهما بالاخرى والحق عندى أن معنى كلام المصنف ههنا هو أنهم لو تراضوا عليها جاز لان الحق لهؤلاء دون غيرهم وعدم الجبر على قسمة مختلف الاجناس لخوف أن يبقى حق أحدهم على الآخر لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد واذا تراضوا على ذلك فقد أسقط كل واحد منهم حقه الباقى على الآخر فصحت القسمة بلا ريب انظر الى هذا المعنى الوجيه الواضح هل يشتبه بما ذكره ذلك الشارح (قوله معناه بأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص) أقول قوله لان النفع لهم على الخصوص ينافى بحسب الظاهر قوله فيما مر آنفا ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته فى مالهم غرما بالغنم فتأمل فى التوفيق بحث

والمبادلة لانها مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على القضاء مع ان الديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدى بدلا عما فى ذمته وهذا جبر فى المبادلة قصدا وقد جاز فلأن يجوز بلا قصد اليه أولى وهذا لان أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضى أن يخصه بالانتفاع بنصيبه و يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضى اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار على غيره وان كانت من أجناس مختلفة كالابل والبقر والغنم لا يجبر القاضى الآبى على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت فى المقاصد ولو تراضوا على ذلك جاز لان القسمة فى مختلف الجنس مبادلة كالتجارة والتراضى فى التجارة شرط بالنص قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما) كلامه واضح الا ما ننبه عليه (قوله لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) لانه متى يصل اليه أجر عمله على كل حال لا يميل بأخذ الرشوة الى البعض

(قال المصنف لانه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة) أقول لعل المراد تهمة الاخذ على ما هو من جنس القضاء أجرا (قوله لانه متى يصل اليه أجر عمله على كل حال الخ) أقول فيه (قوله لا يميل بأخذ الرشوة) أقول أى لا يميل لفقره

و يجوز للقاضي أن يقسم بنفسه و يأخذ على ذلك من المتقاسمين أجر المثل لكن الاولى أن لا يأخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة الا أن لها شبها بالقضاء من حيث انها تستفاد بولاية القضاء فان الاجنبي لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز أخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب أن لا يأخذ وقوله (عدلا مأمونا) ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) يعني لم يرفعوا الامر الى الحاكم بل اقتسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لما أن في القسمة معنى المعاوضة فتثبت بالتراضي كما في سائر المعاوضات وقوله (كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة) يعني اذا استأجروا الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء وكذلك الوزان والحافر (وقوله ان الاجر مقابل بالتمييز ولانه لا يتفاوت) تحقيقه أن القاسم لا يستحق الاجر بالمساحة ومد الاطناب والمشي على الحدود لانه لو استعان في ذلك بارباب الملك استوجب كمال الاجر اذا قسم بنفسه فدل على أن الاجرة في مقابلة القسمة وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل لان الحساب يدق بتفاوت الانصباء و يزداد دقة بقلة الانصباء فلعل تمييز نصيب صاحب القليل أشق و يجوز أن يعسر عليه تمييز نصيب صاحب الكثير لكسور وقعت فيه فيتعذر اعتبار الكثرة والقلة فيتعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت وقوله (وان لم يكن للقسمة) بان اشتريا مكيلا أو موزونا وأمرا انسانا بكيله ليصير الكل معلوم القدر (فالاجر بقدر الانصباء وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) يعني لو أطلق أبو حنيفة رحمه الله في الجواب وقال أجرة الكيال بقدر عمله سواء كان الكيل للقسمة أو لا فالعذر له في ذلك هو التفاوت لان عمله في ذلك لصاحب الكثير أكثر فكان أصعب والاجر بقدر العمل بخلاف القسام فانه قد ينعكس كما تقدم وقوله (ولا يفصل) تأكيد و بيان وقوله (وعنه) أي عن أبي حنيفة (ان الاجر كله على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع)

(و يجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة (ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد) معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله (ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير فيحتاج الى أمر القاضي) لانه لا ولاية لهم عليه (ولا يترك القسام يشتركون) كي لا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال (وأجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة وقالا على قدر الانصباء) لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة أن الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع

(قوله و يجب أن يكون عدلا مأمونا عالما بالقسمة) قال تاج الشريعة ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز أن يكون غير ظاهر الامانة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ثم صاحب العناية ورد هذا التوجيه بعض العلماء في حاشيته على شرح الوقاية فان صاحب الوقاية لما اكتفى بقوله و يجب كونه عدلا عالما بها قال ذلك البعض لم يقل عدلا مأمونا عالما بها كما وقع في الهداية لان الامانة من لوازم العدالة وقال والتوجيه بجواز أن يكون غير ظاهر الامانة كما وقع في الكفاية ليس بتام لان ظهور العدالة يستلزم ظهورها كما لا يخفى اهـ أقول المذكور في الهداية نفس العدالة لا ظهورها فاستلزام ظهورها ظهور الامانة لا يقتضي استدراك ذكر الامانة المراد بها ظهورها فان قلت فلم لا يجوز أن يراد بالعدالة ظهورها كما أريد في الامانة حتى يستغني بذكر العدالة عن ذكر الامانة بالكلية قلت ارادة ظهور العدالة من لفظ العدالة خلاف الظاهر لا تفهم من لفظها وحده بدون القرينة وأما ارادة ظهور الامانة من لفظ الامانة الواقعة في الكتاب فبقرينة تقدم ذكر العدالة المستلزمة لنفس الامانة نعم لو قال في الكتاب ابتداء ظاهر العدالة بدل قوله عدلا لحصل الغنى عن ذكر الامانة لكن مراد هؤلاء الشراح توجيه العبارة الواقعة في الكتاب لا نفي مجال افادة المعنى المقصود ههنا

(قال المصنف والكيل والوزن ان كان للقسمة فهو على الخلاف) أقول وهذا هو المناسب لتعليق الحكم باصل التمييز (قال المصنف وهو العذر لو أطلق ولا يفصل) أقول والاطلاق غير مناسب للتعليق المذكور الا أن يقال الحكمة لا تراعى في كل فرد ولكن تراعى في الانواع المضبوطة والوزن والكيل كذلك فليتأمل ولكن يمكن جعل التمييز حكمه كما لا يخفى

قال (وإذا حضر الشركاء عند القاضي الخ) إذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم مال وطلبوا قسمته فإما أن يكون عقارا أو غيره فإن كان عقارا فإما أن ادعوا أنهم ورثوه أو اشتروه أو سكتوا عن كيفية الانتقال إليهم فإن كان الأول لم يقسمه القاضي حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالا يقسمه باعترافهم) وإن كان الثاني قسمه بينهم بالاتفاق وإن كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره وإن كان غير عقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما أن الامتناع عن القسمة إما أن يكون لشبهة في الملك أو لتهمة في دعواه أو لمنازع للمدعي في دعواه ولا شيء من ذلك بمتحقق لأن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق والفرض عدم المنازع فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وطلب البينة ليس بلازم لأنها لا تكون إلا على منكر ولا منكر ههنا فلا تفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أي في الصك الذي يكتبه القاضي أنه قسمه باعترافهم (٧) لئلا يكون حكمه متعديا إلى غيرهم ولأبي حنيفة أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة قبل القسمة مبقاة على ملكه حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها وعن هذا قالوا إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة تنفذ الوصية فيهما بقدر الثلث كأنه أوصى بهما بخلاف ما بعد القسمة فإن الزيادة للموصى له فدل أن التركة مبقاة على ملك الميت فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة وهي إما إقرار الورثة أو بينتهم وإقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة وقوله وهو مفيد جواب عن قولهما فلا يفيد ذلك لأن بعض الورثة ينتصب خصما بأن يجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه فإن قيل كل منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر لا يصلح خصما للمدعي عليه أجاب بقوله ولا يمتنع ذلك أي كونه خصما بسبب إقراره لجواز اجتماع الإقرار مع كونه خصما كما في الوارث أو الوصي المقر بالديون

قال (وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم) لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لأنه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة قبلها تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين

بعبارة أخصر مما وقع في الكتاب (قوله وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث ولا يمتنع ذلك بإقراره كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه تقبل البينة عليه مع إقراره) قال بعض الفضلاء وأنت خبير بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هنالك وجوابه ظاهر فإن القاضي إذا قال لا أقسم حتى تقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا ليحصل مقصودهم إلى هنا كلامه أقول لا استشكاله شيء ولا جوابه أما الأول فلأن للقاضي ولاية التعيين في أمثال هذا المقام تحصيلا لمقصودهم فترتفع الجهالة بتعيينه وعن هذا قال في الذخيرة في بيان هذه المسئلة فالقاضي يسمع البينة ويقسم الدار ويجعل أحد الحاضرين مدعيا والآخر مدعى عليه على أن لكل واحد من الورثة الحاضرين صالحا لأن يكون مدعيا في دعوى حق نفسه على الآخر ومدعى عليه في دعوى الآخر حقه عليه فكل منهم يصير مدعيا ومدعى عليه من حيثيتين مختلفتين ونظير ذلك أكثر من أن يحصى في مسائل الفقه فلا تتوهم الجهالة حينئذ أصلا وأما الثاني فلأن مقتضاه أن يتوقف استماع القاضي البينة وقسمة الدار بينهم على جعلهم أحدهم على التعيين مدعيا ولم يسمع ذلك من أحد ولم ير في شيء من الكتب فإنهم إن لم يعلموا معنى المدعي والمدعى عليه أصلا فضلا عن أن يعلموا مثل هذه الدقيقة المعتبرة في هذه المسئلة من انتصاب الورثة خصماء عن المورث يقسم القاضي الدار بينهم بالإجماع بعد أن أقاموا

(قوله وعن هذا قالوا إذا أوصى بجارية لإنسان فولدت قبل القسمة الخ) أقول ستجيء المسئلة في كتاب الوصية (قوله فكانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة) أقول يعني لا بد للقضاء من حجة (قال المصنف فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة) أقول لا يلزم من هذا الدليل وجوب إقامة البينة على عدد الورثة فتأمل (قال المصنف وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث) أقول وأنت خبير بأنه لا أولوية لأحد الورثة بأن يكون مدعيا والآخر بكونه مدعى عليه فكلاهما مجهول بخلاف المقيس عليه لتعين المدعي والمدعى عليه هنالك وجوابه ظاهر فإن القاضي إذا قال لا أقسم حتى يقيموا البينة على الموت وعدد الورثة هم يجعلون أحدهم مدعيا ليحصل مقصودهم

فانه انما يقضي عليهما بالبينة بدون الميت وان كانا مقرين بها وهذا لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقهم وحق غيرهم لانه ربما يكون للميت غريم دينه ظاهر ودين المقر له باقرار الورثة لا يظهر في حقه فيحتاج الى اقامة البينة ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة ولا يثبت ذلك الا بالبينة (قوله بخلاف المنقول) جواب عن قولهما كما في المنقول الموروث وهو على وجهين أحدهما قوله لان في القسمة نظرا الخ والثاني أن المنقول مضمون على من وقع في يده بعد القسمة

فانه يقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشتري لان المبيع لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير قال (وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم قسمه بينهم) لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة (وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما) لاحتمال أن يكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة

البينة على موت المورث وعدد الورثة كما هو المفهوم من كتب الفقه بأسرها (قوله وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما) قال في العناية أعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك في يد ملاكها فلا يقسم احتياطا انتهى أقول لا يخفى على ذي فطنة سليمة ان قوله لان الاصل أن تكون الاملاك في يد ملاكها غير مفيد ههنا بل هو مخل بالمقام لان ذلك الاصل أعني كون الاملاك في يد ملاكها يرجح كون ما في أيديهما ملكا لهما فينبغي أن يقسم بدون اقامة البينة مع أن جواب مسئلة الجامع الصغير أن لا يقسم بدونها كما ترى فالصواب أن يترك تلك المقدمة في تعليل مسئلة الجامع الصغير وانما يحتاج اليها في بيان وجه رواية كتاب القسمة كما مرت من قبل واعترض بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا الى آخره حيث قال فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك انتهى أقول يمكن دفع ذلك بأنه ان أراد أن المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما أصلا لا غير فهو ممنوع وقوله كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له غير تام فان عدم التعرض لشئ لا ينافي احتماله في الواقع وانما ينافي تقرره وتعينه كيف ولو لم يكن للملك لهما احتمال أصلا لما جاز استماع البينة له وان أراد أن ذلك أيضا محتمل هنا فهو مسلم لكن لا يضر ذلك بصحة التعليل الذي ذكره صاحب العناية لان مجرد احتمال أن يكون ميراثا وأن يكون مشتري يكفي في أن لا يقسم بدون البينة احتياطا ثم ان هذا كله على تقدير استدراك قول صاحب العناية لان الاصل أن تكون الاملاك في يد ملاكها لاخلاله بالفرق بين الروايتين كما نبهنا عليه آنفا وأما على تقدير اعتباره في تعليل رواية الجامع الصغير كما فعله صاحب العناية فيسقط جدا ما ذكره ذلك القائل من احتمال أن لا يكون ملكا لهما أصلا لدلالة ثبوت أيديهما على أن ما فيها ملك لهما ويكون سبب عدم تعرضهما لكونه ملكا لهما هو الاعتماد على دلالة ذلك

وفي القسمة جعله مضمونا وفي ذلك نظر للميت بخلاف العقار عند أبي حنيفة رحمه الله فانه لا يصير مضمونا على من وقع في يده عنده (وبخلاف المشتري) جواب عن قولهما والعقار المشتري على ظاهر الرواية فقد روي عن أبي حنيفة في غير الاصول أن القاضي لا يقسمه بينهم وسوى بين الشراء والميراث وجه الظاهر ما ذكره في الكتاب أن المبيع بعد العقد لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير (قوله وان ادعوا الملك) هذا هو القسم الثالث الموعود ومعناه ظاهر قال المصنف رحمه الله (هذه) يعني القسمة فيما بينهم من غير اقامة البينة (رواية كتاب القسمة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لانه يفيد أنه لا يقسم حتى يقيما البينة على الملك لاحتمال أن يكون ما في أيديهما ملكا لغيرهما فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا فيكون ملكا للغير وأن يكون مشتري فيكون ملكا لهما لان الاصل أن تكون الاملاك في يد ملاكها فلا تقسم احتياطا وقيل قيل هذا قول أبي حنيفة خاصة وعندهما تقسم بينهما لانهما يقسمان في الميراث بلا بينة ففي هذا أولى

(قوله فانهما لما لم يذكرا السبب احتمل أن يكون ميراثا) أقول فيه بحث بل المحتمل هنا أن لا يكون ملكا لهما لا ارثا ولا شراء كيف ولو كان ملكا لهما لتعرضا له وبه يظهر وجه التوفيق بين الروايتين فان في الاولى ادعوا الملك (قوله فيكون ملكا للغير) أقول يعني للميت

وقيل قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق الدار لاجل الحفظ والصيانة والثانى فى العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز قال (وان حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه) قيل قوله فى أيديهم ومعهم وارث غائب وقع سهوا من الناسخ والصحيح فى أيديهما لانها لو كانت فى أيديهم لكان البعض فى يد الغائب ضرورة وقد ذكر بعد هذا فى الكتاب وان كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شئ منه لم يقسم وأجيب بأنه أطلق الجمع وأراد المثنى بقرينة قوله وارثان وأقاما لكنه ملتبس (وكذا لو كان مكان الغائب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصبى) لظهور نصيبهما بما فى يد الغير (ولا بد من اقامة البينة فى هذه الصورة) يعنى فيما اذا كان معهما صبى (عند أبى حنيفة رحمه الله) كما اذا كان معهما غائب (خلافا لهما كما ذكرنا من قبل) يريد به قوله لم يقسمها القاضى عند أبى حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) وان أقاموا البينة على الشراء وذكر الفرق بينهما وهو واضح (قوله ويصير مغرورا بشراء المورث) صورته اشترى المورث جارية ومات واستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها على البائع كالمورث

وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال (واذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار فى أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضى بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبى يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه) لان فيه نظر الغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة فى هذه الصورة عنده أيضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل (ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث أو باع ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين أما الملك الثابت بالشراء فملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق (وان كان العقار فى يد الوارث الغائب أو شئ منه لم يقسم وكذا اذا كان فى يد مودعه وكذا اذا كان فى يد الصغير)

عليه فتدبر (قوله وقيل قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ فى العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز) يعنى أن القسمة نوعان قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثانى فى العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة الملك تفتقر الى قيام الملك ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز كذا فى العناية أقول لقائل أن يقول ان هذا التقرير يقتضى أن لا تجوز القسمة بدون البينة على قول الكل فيما اذا ادعوا الشراء أيضا فى العقار مع أنه قد سبق انه تجوز القسمة فيه بدون البينة بالاتفاق ويقتضى ايضا أن لا تجوز القسمة بدون البينة عند أبى يوسف ومحمد أيضا فيما اذا ادعوا الارث فى العقار مع أنه قد سبق أيضا أنهما يقولان بجوازها فيه بمجرد اعترافهم ثم أقول يجوز أن لا يكون مراد المصنف رحمه الله بقوله ولا ملك ما حمل عليه صاحب العناية من انه لا ملك بدون البينة لانتقاضه بصورة ادعائهم الشراء على قول الكل وبصورة ادعائهم الارث أيضا على قولهما كما نبهت عليه آنفا بل يحتمل أن يكون مراده بذلك أنه لا ملك فى دعواهما أى لم يدعيا الملك ولم يتعرضا له أصلا فى رواية الجامع الصغير بل انما ادعيا انه فى أيديهما وأقاما البينة عليه بخلاف ما مر من رواية كتاب القسمة فانهم ادعوا هنالك صريح الملك فافترقا فحينئذ لا انتقاض بالصورتين المذكورتين لانهم ادعوا فيهما سبب الملك من الارث أو الشراء ويؤيد هذا ما ذكره تاج الشريعة حيث قال قيل انما اختلف الجواب لاختلاف الوضع فوضوع كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء وموضوع الجامع الصغير فيما اذا ادعيا اليد ابتداء وبيانه أنهما لما ادعيا الملك ابتداء واليد ثابتة ومن فى يده شئ يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره اذ الاصل أن الاملاك فى يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل أن يكون ملك الغير لانه احتمال بلا دليل فيقسم بينهما بناء على الظاهر أما اذا ادعيا اليد وأعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه فلا يقبل قولهما لانهما طلبا القسمة من القاضى والقسمة فى العقار لا تكون الا بالملك فلما سكتوا عنه دل على أن الملك ليس لهما فقتا كذلك الاحتمال السابق فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال وهذا معنى قوله لاحتمال أن يكون لغيرهما الى

(قوله ولا ملك بدون البينة فامتنع الجواز) أقول هما يقولان اليد دليل الملك فلا شبهة فى الملك كما تقدم وجوابه أن اليد لا تصلح حجة للاستحقاق بل للدفع تأمل (قوله لكنه ملتبس) أقول لمكان الورثة قبله

(وقوله ولافرق فى هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها) يعنى فيما اذا كان العقار فى يد الوارث الغائب أوشئ منه وقوله (كما أطلق فى الكتاب) يعنى قوله لم يقسم من غير أن يذكر اقامة البينة وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر فى المبسوط وان كان شئ من العقار فى يد الصغير أو الغائب لم أقسمها باقرار الحضور حتى تقوم البينة على أصل الميراث لان فى هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير باخراج شئ مما كان فى يده عن يده (وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة لانه لابد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما) فالحاضر ان كان خصما عن نفسه فليس ثمة خصم عن الميت وعن الغائب وان كان خصما عنهما فاتة من يخاصم عن نفسه ليقيم البينة بذلك بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين والباقى ظاهر

﴿فصل فيما يقسم ومالا يقسم﴾ لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم ومالا يقسم بينهما فقال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه الخ) اذا طلب أحد الشركاء القسمة فاما أن ينتفع كل بنصيبه أو بعضهم أولا ينتفع منهم أحد فان كان الاول قسم القاضى بطلب أحدهم جبرا على من أبى (لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على مابيناه) يريد به قوله اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتفاوت المقاصد والمبادلة مما يجرى فيه الجبر كقضاء الدين الى آخره وان كان الثانى فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لما ذكره من الفرق فى الكتاب وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة ويأبى صاحب الكثير ووجهه ظاهر (وذكر الحاكم فى مختصره والاصح أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى والوجه اندرج فيما ذكرناه) لان دليل القول الاول دليل أحد الجانبين ودليل قول الجصاص دليل الجانب الآخر

لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير الخصم لا يجوز ولافرق فى هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق فى الكتاب قال (وان حضر وارث واحد لم يقسم وان أقام البينة) لانه لابد من حضور خصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على مابينا (ولو كان الحاضر كبيرا وصغيرا نصب القاضى عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسمه) لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصى عن الصبى كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

﴿فصل فيما يقسم ومالا يقسم﴾ قال (واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم) لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم على مابيناه من قبل (وان كان ينتفع أحدهم ويستضر به الآخر لقلة نصيبه فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم) لان الاول ينتفع به فيعتبر طلبه والثانى متعنت فى طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد فى مختصره أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضى والوجه اندرج فيما ذكرناه

هنا كلامه فتبصر (قوله لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم حاضر عنهما) يعنى أن فى هذه القسمة قضاء على الغائب أو الصغير باخراج شئ مما كان فى يده عن يده من غير خصم حاضر عنهما كذا التقرير فى الكافى والمبسوط أقول فى هذا التعليل شئ وهو انه انما يتم اذا كان العقار كله فى يد الغائب أو الصغير أو كان منه شئ زائد قدره على حصة الغائب أو الصغير من الميراث فى يد أحدهما وأما فيما اذا كان فى يد أحدهما من العقار شئ يساوى قدره حصة ذلك من الميراث أو يصير أقل منها فلا يتمشى فيها ذلك التعليل اذ لا يلزم فيه القضاء على الغائب أو الصغير باخراج شئ مما كان فى يده عن يده بل يلزم ابقاء ما كان فى يده على يده فى صورة التساوى وزيادة شئ عليه مما فى يد الحاضرين فى صورة النقصان ويحتمل أن يكون هذا هو السر فى عدم وقوع ذكر أو شئ منه فى وضع المسئلة فى مختصر القدورى فان هذا القيد فى وضعها من زيادة صاحب الهداية كما نص عليه فى غاية البيان فتأمل

﴿فصل فيما يقسم ومالا يقسم﴾ لما تنوعت مسائل القسمة الى ما يقسم ومالا يقسم شرع فى بيانهما

(قوله يعنى فيما اذا كان معهما) أقول تفسير لقوله أيضا (قال المصنف فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق) أقول وفى صورة الارث يقوم الآخر مقام الميت ويثبت حق الغائب على طريق التبع

﴿فصل﴾ فيما يقسم ومالا يقسم (قوله وذكر الجصاص على قلب هذا وهو أن يطلب صاحب القليل القسمة الخ) أقول فى عبارته مسامحة والاظهر أن يقول وهو أن يقسم بطلب صاحب القليل واباء صاحب الكثير ولا يقسم بطلب صاحب الكثير واباء صاحب القليل

(والاصح هو المذكور فى الكتاب) أى القدورى (وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضى وايصاله الى منفعة وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل (وان كان) الثالث بان كان المشترك بينهما بيتا صغيرا (يستضر) كل منهما بالقسمة وطلب أحدهما القسمة (لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) كالثياب مثلا يعنى به يجبر على ذلك لان فى حق التراضى لا يشترط اتحاد الصنف (لان عند اتحاده يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما فى بعض لعدم الاختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى) وقوله (ويقسم القاضى كل مكيل وموزون الخ) ظاهر وقوله (ولا يقسم شاة و بعيرا) يعنى لا يقسم جبرا فى هذه الاشياء قسمة جمع بان يجمع نصيب أحد الورثة فى الشاة خاصة ونصيب الآخر فى البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون منها وكذلك فى البعير وغيره والاوانى المتخذة من أصل واحد كالاجانة والقمقم والطشت المتخذة من صفر ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضى جبرا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن أو الكتان اذا اختلفت بالصنعة كالقباء والجبة والقميص (ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر) بسبب القطع لان فيه اتلاف جزء فلا يفعله القاضى مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك قسمه بينهما (ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا) يعنى ما تقدم من قوله بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى ووجه المعاوضة أن التعديل بينهما لا يمكن الا بزيادة دراهم مع الاوكس والدراهم لم تكن مشتركة فترد عليها القسمة فكان معاوضة (بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين) يعنى اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين وأراد أحدهما القسمة وأبى الآخر يقسم القاضى بينهما و يعطى أحدهما ثوبا والآخر ثوبين (وكذا ان استقام أن يجعل ثوب أحد القسمين ثوبا وربع ثوب والآخر ثوبا وثلاثة أرباع ثوب) فانه يقسم بينهما و يترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك الوجه (لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز) لانه تيسر عليه التمييز فى بعض المشترك ولو تيسر ذلك فى الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء فكذلك فى البعض وما فيه معاوضة تحتاج الى التراضى

والاصح المذكور فى الكتاب وهو الاول (وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما) لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفى هذا تفويتها وتجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى فيعتمد الظاهر قال (ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد) لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل فى القسمة والتكميل فى المنفعة (ولا يقسم الجنسين بعضهما فى بعض) لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضى دون جبر القاضى (ويقسم كل مكيل وموزون كثير أو قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة والحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا ولا يقسم الاوانى) لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس المختلفة (ويقسم الثياب الهروية) لاتحاد الصنف (ولا يقسم ثوبا واحدا) لاشتمال القسمة على الضرر اذ هى لا تتحقق الا بالقطع (ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما) لما بينا بخلاف ثلاثة أثواب اذا جعل ثوب بثوبين أو ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة أرباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز

فى فصل على حدة (قوله والاصح المذكور فى الكتاب وهو الاول) لان رضا صاحب القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضى شيأ وانما الملزم طلب الانصاف من القاضى وايصاله الى منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب القليل كذا فى العناية ومعراج الدراية وهو المذكور فى الذخيرة وزاد عليه فى النهاية والكفاية أن يقال ألا ترى أن كل واحد منهما اذا كان لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا جميعا القسمة لم يقسمها القاضى بينهما فكذلك اذا كان الطالب من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة انتهى أقول هذه الزيادة تخالف ما سيأتى فى الكتاب بقوله وان كان كل واحد منهما يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما فانه يدل على أن القاضى يقسمها عند تراضى الشريكين وطلبهما القسمة وقد صرح به المصنف هناك حيث قال و يجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما أعرف بشأنهما أما القاضى يعتمد الظاهر انتهى ثم انك لو تأملت حق التأمل وجدت نوعا من التدافع بين أصل ما ذكروا فى وجه أصحية المذكور فى الكتاب أولا و بين

(قال المصنف لم يقسمها الا بتراضيهما) أقول مخالف لما فى شرح الكنز للزيلعى (قوله و يقسم العروض اذا كانت من صنف واحد كالثياب مثلا يعنى به يجبر على ذلك لان فى حق التراضى لا يشترط اتحاد الصنف لان عند اتحاده الخ) أقول قوله لان فى حق التراضى الخ تعليل لقوله يعنى به يجبر الخ وقوله لان عند اتحاده الخ تعليل لقوله و يقسم العروض الخ

(وقال أبو حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما) الرقيق اذا كان بين اثنين وطلب أحدهما القسمة فلا يخلو اما أن يكون الرقيق مع شئ آخر يصح فيه القسمة جبرا كالغنم والثياب أو لا يكون فان كان فالاصح القسمة في قولهم جميعا على الاظهر أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة فيجعل الذي مع الرقيق أصلا في القسمة جبرا ويجعل الرقيق تابعا له في القسمة وقد يثبت الحكم لشئ تبعا وان لم يثبت قصدا كالشرب في البيع والمنقولات في الوقف وان لم يكن فان كانوا ذكورا أو اناثا لا يقسم الا برضاهما وان كانوا ذكورا أو اناثا فلا يقسم القاضي بينهما في قول أبي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهما على ذلك وقال صاحباه يجبرهما على القسمة لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم ولابي حنيفة أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من يصلح للامانة ومنهم من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية وغير ذلك فتجمع نصيب كل واحد منهم في واحد فانه سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافرازا بخلاف الحيوانات لان

(وقال أبو حنيفة لا يقسم الرقيق والجواهر) لتفاوتهما (وقالا يقسم الرقيق) لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله أن التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية جميعا فافترقا وأما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر أفحش من جهالة الرقيق ألا ترى أنه لو تزوج على لؤلؤة أو ياقوتة أو خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فأولى أن لا يجبر على القسمة قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء وكذا الحائط بين الدارين) لانها تشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال

التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس ألا ترى أن الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن سائر الحيوانات جنس واحد (بخلاف المغانم) جواب عن قولهما ورقيق المغنم وذلك (لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا) فان قيل لو تزوج أو خالع على عبد صح فصار كسائر الحيوانات فليكن في القسمة كذلك أجيب بأن القسمة تحتاج الى الافراز ولا يتحقق في القسمة بخلاف ما ذكرتم فانه لا يحتاج اليه (قوله وأما الجواهر الخ) واضح قال (ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى) والاصل في هذا أن الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة البئر والحمام والرحى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي ومن المشايخ من قال القاضي لا يقسم عند الضرر لانه لم ينصب متلفا لكن لو اقتسما لم يمنعهما عن ذلك وكلامه واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما (واذا

ذلك التعليل الذي ذكره المصنف بقوله لان الحق لهما الى قوله أما القاضي يعتمد الظاهر فتأمل (قوله ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا برضا الشركاء) قال صاحب العناية والاصل في هذا أن الجبر في القسمة انما يكون عند انتفاء الضرر عنهما بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعا به انتفاع ذلك الجنس وفي قسمة الحمام والبئر والرحى ضرر لهما أو لاحدهما فلا يقسم الا بالتراضي انتهى أقول تقرير الاصل بهذا الوجه ليس بسديد اذ قد تقرر فيما مر أنه اذا كان أحد الشركاء ينتفع بنصيبه والآخر يستضر بنصيبه لقلته فان القاضي يقسم بطلب صاحب الكثير فقط على القول الاصح المذكور في الكتاب وبطلب صاحب القليل فقط على ما ذكره علي الجصاص وبطلب كل واحد منهما على ما ذكره الحاكم الشهيد وعلى كل واحد من الاقوال الثلاثة المذكورة ينتقض ذلك التقرير بتلك المسئلة كما لا يخفى على ذي مسكة فالصواب الموافق لقول المصنف في التعليل لانه يشتمل على الضرر في الطرفين الخ أن يقتصر في بيان أصل هذه المسائل على لزوم الضرر لكل واحد من الشركاء ويجعل ذلك مدار العدم الجبر

(قوله أو لاحدهما) أقول لا يناسب المشروح مع أنه قد سبق انه اذا انتفع أحدهما بنصيبه دون الآخر يقسم بطلب صاحب الكثير فليتأمل (قوله وقوله لما بينا اشارة الى ما ذكره في أول هذا الفصل بقوله وان كان كل واحد الخ) أقول بل اشارة الى دليل تلك المسئلة أو الى قوله لان الحق لهما الخ فتأمل

(قوله واذا كانت دور مشتركة) ههنا ثلاثة فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلازقة كانت أو متفرقة لا تقسم عنده قسمة واحدة الا بالتراضي والبيوت تقسم مطلقة لتقاربها في معنى السكنى والمنازل ان كانت مجتمعة في دار واحدة متلازقا بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا سواء كانت في محال أو في دار واحدة بعضها في أدناها وبعضها في أقصاها لان المنزل فوق البيت دون الدار فالمنازل تتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبهها بالبيوت قلنا اذا كانت متلازقة تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في أمكنة متفرقة لا تقسم قسمة واحدة وهما في الفصول كلها يقولان ينظر القاضي الى أعدل الوجوه فيمضي القسمة على ذلك وقوله (على ما مر) يعني في باب الحقوق من كتاب البيوع (قوله وان كانت دار وضيعة (١٣) أو دار وحانوت الخ) واضع الاماذكره انما خص الخصاف بالذكر لان هذه المسئلة لم تذكر في كتاب محمد ولاذكرها الطحاوي ولا الكرخي رحمهما الله وقوله (ان اجارة منافع الدار بالحانوت) أي بمنافع الحانوت لانه لو جعل نفس الحانوت أجرة لمنافع الدار صح وقوله (أو تبنى حرمة الربا هنالك) أي في اجارات الاصل (على شبهة المجانسة) يعني ان كانت منافع الدار ومنافع الحانوت مختلفة رواية واحدة تحمل حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة بين منافع الدار والحانوت لاتحاد أصل السكنى المقصود منهما واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني رحمه الله اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب ويمكن أن يقال لا إشكال فيه لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ووجه آخر في التوفيق أن يراد باختلاف الجنس الاختلاف من حيث اختلاف الذات فلا تجوز القسمة الواحدة وباتحاده الاتحاد في المنفعة وهي السكنى فتمتنع الاجارة لشبهة الربا

(واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول أبي حنيفة وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها) وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى أصل السكنى أجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله أن الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى أن الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجتمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد أنه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فأخذ شبها من كل واحد قال (وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة) لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة

في القسمة (قوله وان كانت دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد منهما على حدة لاختلاف الجنس) قال المصنف جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيجعل في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة واستشكل التوجيه الثاني صاحب الكافي حيث قال وقيل هما مختلفان جنسا رواية واحدة والفساد ثمة لشبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى كذا ذكره في الهداية وهو مشكل لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازلة عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هذا الكتاب الى هنا كلام صاحب الكافي وأوضح اشكاله صاحب العناية ثم أجاب عنه حيث قال واستشكل كلامه هذا لانه يؤدي الى اعتبار شبهة الشبهة فان الجنس اذا اتحد كان بمنزلة مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وبالجنس يحرم النساء عندنا كما تقدم وفي ذلك شبهة الربا فاذا اعتبرت شبهة الجنسية كان ذلك اعتبار الشبهة الشبهة والمعتبر

(قوله واستشكل كلامه) أقول هذا في الكافي (قوله ويمكن ان يقال) أقول يعني في جواب الاستشكال (قوله لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها) أقول يعني انهما متحدا الجنس نظرا الى أصل السكنى فبنى حرمة الربا عليه ومختلفا الجنس نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل

﴿ فصـل في كيفيـة القسمة ﴾ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم بين كيفيـة القسمة فيما يقسم لان الكيفيـة صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذي هو الموصوف قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) اذا شرع القاسم في القسمة ينبغي أن يصور ما يقسمه بأن يكتب على كاغدة ان فلانا نصيبه كـذا وفلانا نصيبه كذا ليمكنـه حفظه ان أراد رفع تلك الكاغـدة

الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسـه (ويعدله يعني يسوي به على سهام القسمـة ويروى بعزله أي بقطعه بالقسمة عن غـيره ويذرعـه ليعرف قـدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة) اذ البناء يقسم على حـدة فربما يقع في نصيب أحدهم شيء منـه فيكون عالما بقيمتها (ويفرز كل نصـيب عن الباقي بطريقه وشربه) ان أمكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمـة (ثم يلقب نصـيبا بالاول والذي يليه بالثـاني والثـالث الى أن تفـرغ السهام ويكتب أسماءهم ويخرج القرعة فمـن خرج اسمـه أولا الخ) قال الامام حميـد الدين رحمه الله صورته أرض بين جماعة لاحدهم سدسها وللآخر ثلثهـا وللآخر نصفها يجعلها ستة أسهم ويلقب الجزء الاول بالسهم الاول والذي يليـه بالثاني والثالث على هذا ثم يكتب أساميـهم ويجعلها قرعـة ثم يلقيها في كمـه فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول فان كان ذلك صاحب السدس فله الجزء الاول وان كان صاحب الثلث فله الجزء الاول والذي يليه وان كان صاحب النصف فله الجزء الاول والذان يليانه (قوله وقوله في الكتاب) واضح والقرعة

﴿ فصـل في كيفية القسمة ﴾ قال (وينبغي للقاسم أن يصور ما يقسمه) ليمكنه حفظه (ويعدله) يعني يسوّ به على سهام القسمـة ويروى يعـزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره (ويذرعه) ليعرف قـدره (ويقـوم البناء) لحاجتـه اليـه في الآخرة (ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقـه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق) فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام (ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هـذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) والاصـل أن ينظر في ذلك الى أقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها أثلاثا وان كان سـدسا جعلها أسـداسا لتمكن القسمة وقـد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان الافضـل فان لم يفعل أو لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله تعالى

الشبهة دون النازل عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني اما أن يكون في المسئلة روايتان أو يكون من مشكلات هـذا الكتاب ويمكن أن يقال لا اشكال فيـه لان المراد شبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسـة انتهى كلامه أقول في الجواب خلل اذ لو كان المراد بشبهة المجانسة الشـبهة الثابتة بنفس المجانسـة لما تم التوفيق بين مسئلتنا ومسئلة اجارات الاصل بقوله أو تبني حرمة الربا هنالك على شبهة المجانسة اذ يصير مدار مسئلة اجارات الاصل حينئذ على اتحاد الدار والحانوت في الجنس ومدار مسئلتنا على اختلافهما في الجنس قطعا فيتناقضان والمصنف قصد التوفيق بذلك فنشأ منه الاشكال المذكور ثم ان قوله لانه قال جنس واحد فكيف يقول بشبهة المجانسة ليس بسديد اذ لم يقع التصريح في اجارات الاصل بان قال جنس واحـد ولو وقع كان المراد كجنس واحـد على طريق التشبيه البليغ بحذف أداة التشبيه على ما عـرف فلا ينافي القول بشبهة المجانسة كما لا يخفى قال بعض الفضلاء في تفسير معنى قول صاحب العناية لان المراد بشبهة المجانسة الشبهة الثابتة بها يعني انهما متحدا الجنس نظرا الى أصـل السكنى فتبنى حرمة الربا عليـه ومختلفاه نظرا الى اختلاف المقاصد فاعتبر ذلك في القسمة فليتأمل انتهى أقول ليس ذلك بمستقيم لان المعنى الذي ذكره مع كونه غـير مستفاد من عبارة صاحب العناية أصـلا لا يصح أن يراد ههنا أما أولا فلانه لا يدفع الاشكال المذكور اذ حاصله أن اتحادهـما في الجنس غـير مقرر بل هنالك شبها الاتحاد والاختلاف في الجنس من جهتين فكان في الجنسية شبهة فيؤول بناء حرمة الربا على ذلك الى اعتبار شبهة الشبهة كما عرفت فيما مر وأما ثانيا فلان ما ذكره من اتحاد الجنس نظرا الى أصـل السكنى واختلافه نظرا الى اختلاف المقاصد متحقق في الدور المشتركة في مصر واحد أيضا فبناء على أصل ذلك خالف أبا حنيفة صاحباه هنالك فقالا ان كان الاصلح لهـم قسمة بعضها في بعض قسمها القاضي كما مر في الكتاب فلو كان المراد في مسئلتنا ما ذكر لما وافق الامامان أبا حنيفة ههنا في وجوب قسمة كل واحد على حدة واتفاقهم في هذه المسئلة مع كونه منفهما من عدم بيان الخلاف فيها في الكتاب منصوص عليـه في البدائع حيث قال فيـه أما دار وضيعة أو دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدته لاختلاف الجنس انتهى

﴿ فصـل في كيفية القسمة ﴾ لما فرغ من بيان ما يقسم وما لا يقسم شرع في بيان كيفية القسمة فيما

﴿ فصـل ﴾ في كيفية القسمـة (قوله بأن يكتب على كاغدة الخ) أقول هذا ليس يصلح تفسير التصوير ما يقسم كما لا يخفى (قوله صورته أرض بين جماعة الخ) أقول فيه نقض

قوله (والقرعة لتطييب القلوب) جواب الاستحسان والقياس يأباها لانه تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وذلك قمار ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها فى دعوى النسب ودعوى المال وتعيين المطلقة ولكن تركناها ههنا بالتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وليس فى معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه يتعلق بما يستعمل فيه وأما ما نحن فيه فليس كذلك لان القاسم لو قال أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت هذا الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا ترى أن زكريا عليه السلام حيث استعمل القرعة مع الاحبار فى ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم قال (ولا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير الخ) جماعة فى أيديهم عقار طلبوا قسمته وفى أحد الجانبين فضل فأراد أحدهم أن يكون عوض الفضل دراهم وآخر لم يرض بذلك لم تدخل الدراهم فى القسمة وان تراضوا أدخلها لانه لا شركة فى الدراهم والقسمة فيما فيه الشركة ولانه يفوت التعديل المراد بالقسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر فى ذمته فقد لا يصل اليها وليس بين ما يصل اليه الرجل فى الحال وما لا يصل معادلة فلا يصار اليه الا عند الضرورة ولهذا ذهب أبو يوسف رحمه الله فيما اذا كان أرض وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وأبو حنيفة رحمه الله الى أن الارض تقسم بالمساحة لانها الاصل فى الممسوحات ثم يرد من وقع البناء

فى نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له فى المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج ومحمد رحمه الله الى أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة تحققت فى هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل لانه قال فيه يقسم الدار مذارعة

والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز لانه فى معنى القضاء فيملك الالزام قال (ولا يدخل فى القسمة الدراهم والدنانير الا بتراضيهم) لانه لا شركة فى الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل فى القسمة لان أحدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر فى ذمته ولعلها لا تسلم له (واذا كان أرض وبناء فعن أبى يوسف أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة) لانه لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن أبى حنيفة أنه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل فى الممسوحات ثم يرد من وقع البناء فى نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له فى المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقى فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن كان لا تفى العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة فى هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال (فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل فى نصيب الآخر أو طريق لم يشترط فى القسمة فان أمكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له أن يستطرق فى نصيب الآخر لانه أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر

يقسم لان الكيفية صفة فتتبع جواز أصل القسمة الذى هو الموصوف (قوله والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل) قال الشراح هذا جواب الاستحسان والقياس يأباها لان استعمال القرعة تعليق الاستحقاق بخروج القرعة وهو فى معنى القمار والقمار حرام ولهذا لم يجوز علماؤنا استعمالها

فلا يجعل لاحدهما على الآخر فضلا من الدراهم وغيرها كذا فى بعض الشروح قوله (فان قسم بينهم) يعنى ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين ولاحدهما مسيل الماء فى نصيب الآخر أو طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه أولا (فان أمكن فليس له أن يستطرق) ويسيل (فى نصيب الآخر) سواء كان ذلك مشروطا فى القسمة أو لم يكن (لانه أمكن تحقيق معنى القسمة) وهو الافراز والتمييز (من غير ضرر) بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق والمسيل الى غيره فلا تدخل فيه الحقوق وان شرطت بخلاف البيع فانها اذا شرطت فيه دخلت لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره فلا تدخل الا بالشرط

(قوله وليس فى معنى القمار لان أصل الاستحقاق فيه) أقول الضمير فى قوله فيه راجع الى القمار (قوله ألا ترى أن زكريا عليه السلام) أقول الظاهر أن يقال ألا يرى الى أن الخ (قوله لانه لا شركة) أقول تعليل لقوله لم يدخل الدراهم فى القسمة (قوله كذا فى بعض الشروح) أقول يعنى الاتقانى فى غاية البيان (قوله سواء كان ذلك مشروطا) أقول بذكر الحقوق (قوله أمكن تحقيق معنى القسمة الى قوله بان لا يبقى لكل واحد منهما تعلق بنصيب الآخر بصرف الطريق الخ) أقول قوله بأن متعلق بقوله تحقيق وقوله بصرف الطريق متعلق بقوله لا يبقى (قوله فلا يدخل الا بالشرط) أقول فى التفريع نوع تأمل

(وان لم يمكن) فاما أن يشترط ذلك فى القسمة أولا فان كان الثانى (فسخت القسمة لانها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فتستأنف وهذا بخلاف البيع) فانه اذا باع دارا أو أرضا ولا يتمكن المشترى من الاستطراق ولا من تسييل الماء ولم تذكر الحقوق فانه (لا يفسد لان المقصود منه تملك العين وأنه يجامع تعذر الانتفاع فى الحال) كما لو اشترى جحشا صغيرا (وأما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق) وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ماذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص وتقريره أن فى القسمة تكميلا وافرازا والحقوق بالنظر الى التكميل تدخل وان لم تذكر وبالنظر الى الافراز لا تدخل وان ذكرت لان دخولها ينافى الافراز فقلنا تدخل عند التنصيص ولا تدخل عند عدمه اعمالا للوجهين بقدر الامكان بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وهو لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلف الشركاء فى رفع الطريق بينهم عن القسمة) فقال بعضهم لا ندع طريقا مشتركا بيننا بل نقسم الكل وقال بعضهم بل ندع ينظر القاضى فى حالهم ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه قسم الحاكم بغير طريق يترك للجماعة لتحقق الافراز بالكلية دونه) أى دون رفع الطريق (وان كان لا يستقيم رفع طريقا بين جماعتهم لتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا فى مقداره) أى فى سعة الطريق وضيقه وطوله فقال بعضهم تجعل سعة الطريق أكبر من عرض الباب الاعظم وطوله من الاعلى الى السماء وقال بعضهم غير ذلك (جعل على عرض الباب وطوله لان الحاجة تندفع به) فلا فائدة فى جعله أعرض من ذلك وفائدة قسمة ما وراء طول الباب من الاعلى هى ان أحد الشركاء اذا أراد أن يشرع جناحا فى نصيبه ان كان فوق طول الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فكان بانيا على خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طوله مشترك بينهم فصار بانيا على الهواء المشترك وهو لا يجوز من غير رضا الشركاء وان كان المقسوم أرضا رفع من الطريق بمقدار ما يمر فيه ثور واحد لانه لا بد للزراعة من ذلك ولا يجعل مقدار ما يمر فيه ثوران معا وان كان محتاجا الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجلة فيؤدى الى ما لا يتناهى كذا فى النهاية وباقى كلامه واضح

قال

(وان لم يمكن فسخت القسمة) لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد فى هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع فى الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق فى الوجه الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفى الوجه الثانى يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ماذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر (ولو اختلفوا فى رفع الطريق بينهم فى القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه فى نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم) لتحقق الافراز بالكلية دونه (وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم) ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق (ولو اختلفوا فى مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله) لان الحاجة تندفع به (والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة) لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه (ولو شرطوا ان يكون الطريق بينهما أثلاثا جاز وان كان أصل الدار نصفين) لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضى

فى دعوى النسب ودعوى الملك وتعيين العتق أو المطلقة ولكنا تركنا القياس ههنا بالسنة والتعامل الظاهر من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وليس هذا فى معنى القمار لان أصل الاستحقاق فى القمار يتعلق بما يستعمل فيه وفيما نحن فيه لا يتعلق أصل الاستحقاق بخروج القرعة لان القاسم لو قال أنا عدلت فى القسمة فخذ أنت هذا الجانب وأنت ذلك الجانب كان مستقيما الا أنه ربما يتهم فى ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء ونفى تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز ألا يرى أن يونس عليه السلام فى مثل هذا استعمل القرعة مع أصحاب السفينة كما قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وذلك لانه علم أنه هو المقصود ولكن لو ألقى نفسه فى الماء ربما نسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة لذلك وكذلك زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار فى ضم مريم الى نفسه مع علمه بكونه أحق بها منهم لكون خالتها عنده تطييبا لقلوبهم كما قال الله تعالى اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرع بين نسائه اذا أراد السفر تطييبا لقلوبهن انتهى كلامهم وعزا فى النهاية ومعراج الدراية هذا التفصيل الى المبسوط أقول بين

قال (واذا كان سفل لاعلو عليه وعلو لاسفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولامعتبر بغير ذلك) قال رضى الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع

أول كلامهم هذا وآخره تدافع لانهم صرحوا أولا بان مشروعية استعمال القرعة ههنا جواب الاستحسان والقياس يأبى ذلك لكونه فى معنى القمار وقالوا آخرا ان هذا ليس فى معنى القمار وبينوا الفرق بينه وبين القمار وذكروا ورود نظائره فى الكتاب والسنة فقد دل ذلك على أنه ليس مما يأباه القياس أصلا بل هو مما يقتضيه القياس أيضا فتدافعا (قوله واذا كان سفل لاعلو له وعلو لاسفل له وسفل له علو الى آخره) قال صاحب العناية صورة المسئلة أن يكون علو مشترك بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشترك بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل فى دار واحدة أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لايصح عند أبى حنيفة رحمه الله انتهى وقد أخذ الشارح المزبور ذلك التقييد مما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية من السؤال والجواب بان يقال فان قيل كيف يقسم العلو مع السفل قسمة واحدة عند أبى حنيفة ومن مذهبه أن البيوت المتفرقة لاتقسم قسمة واحدة اذا لم تكن فى دار واحدة قلنا موضوع المسئلة أنهما كانا فى دار واحدة والبيتان فى دار واحدة عند أبى حنيفة يقسم قسمة جمع ولئن كانا فى دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة ولكن طلبوا من القاضى المعادلة فيما بينهم وعند أبى حنيفة تجوز القسمة على هذا الوجه حالة الرضا انتهى وقد ذكر هذا السؤال والجواب فى الذخيرة أيضا فهى المأخذ الاصلى أقول فيه اشكال من حيث الرواية والدراية أما الاول فلان ذلك التقييد مخالف لروايات عامة الكتب منها ما ذكره المصنف فى الفصل السابق حيث قال والبيوت فى محل أو محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيها يسير انتهى ولاشك أن المحلة فوق الدار فاذا قسمت البيوت فى محال متعددة قسمة واحدة بالاجماع فلأن قسمت فى دور متعددة قسمة واحدة بالاجماع أولى كما لايخفى ومنها ما ذكره صاحب الكافى فى الفصل السابق حيث قال ثم هى على ثلاثة فصول عند أبى حنيفة الدور والبيوت والمنازل فالدور لاتقسم عنده قسمة واحدة الا برضا الشركاء سواء كانت متباينة أو متلازقة والبيوت تقسم قسمة واحدة سواء كانت متباينة أو متلازقة لانها لاتتفاوت فى معنى السكنى ولهذا تؤجر باجرة واحدة فى كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت تقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور لاتقسم قسمة واحدة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فألحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة وبالدور اذا كانت متباينة وقالا فى الفصول كلها ينظر القاضى الى أعدل الوجوه ليمضى القسمة على ذلك انتهى وهكذا ذكر فى الفصل السابق فى عامة الشروح حتى قال فى العناية هنالك والبيوت تقسم مطلقا لتقاربها فى معنى السكنى ومنها ما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال وان كان بين الرجلين بيتان له أن يجمع نصيب أحدهما فى بيت واحد متصلين كانا أو منفصلين ولو كان بينهما منزلان ان كانا منفصلين فهما كالدارين لايجمع نصيب أحدهما فى منزل واحد ولكنه يقسم كل منزل قسمة على حدة ولو كانا متصلين فهما كالبيتين له أن يجمع نصيب أحدهما فى منزل واحد وهذا كله قول أبى حنيفة وقال صاحباه الدار والبيت سواء والرأى فيه للقاضى انتهى ومنها ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا أو منفصلين اه الى غير ذلك من المعتبرات ولا يخفى على ذى فطنة أن مدلول كل واحد منها أن يقسم البيتان أو البيوت عنده قسمة واحدة على الاطلاق وأما الثانى فلانه ان أريد بالتراضى فى قوله أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة تراضيهما فيما بينهما على قسمة معينة لزم أن لا يستقيم بيان الخلاف فى هذه المسئلة بين أئمتنا

قال (واذا كان سفل لاعلو له) صورة المسئلة ان يكون علو مشتركا بين رجلين وسفله لآخر وسفل مشتركا بينهما وعلوه لآخر وبيت كامل مشترك بينهما والكل فى دار واحدة أو فى دارين لكن تراضيا على القسمة وطلبا من القاضى القسمة وانما قيدنا بذلك لئلا يقال تقسيم العلو مع السفل قسمة واحدة اذا كانت البيوت متفرقة لايصح عند أبى حنيفة رحمه الله واذا ظهر ذلك فاعلم أن علماءنا رحمهم الله اختلفوا فى كيفية قسمة ذلك فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يقسم بالذرع لانه الاصل فى القسمة فى المذروع لكون الشركة فيه لافى القيمة وقال محمد رحمه الله يقسم بالقيمة فان كانت قيمتهما سواء كان ذراع بذراع وان كانت قيمة أحدهما نصف قيمة الآخر يحسب ذراع بذراعين وعلى هذا الحساب

لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة
فيصار اليه ما أمكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة
بالذرع فقال أبو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع بذراع قيل
أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل
السفل مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل
تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل

الثلاثة على الوجه المفصل في الكتاب اذ يرتفع الخلاف حينئذ بالكلية فانه يجوز القسمة على وفق
تراضيهما على شيء معين كيفما كان بلا خلاف من أحد ألا يرى أن الدور مطلقا لا تقسم قسمة واحدة
عند أبي حنيفة وعند تراضي الشركاء فيما بينهم على تلك القسمة تقسم بها عنده أيضا كما صرحوا به
قاطبة وان أريد بالتراضي المذكور تراضيهما على مجرد القسمة بدون تعيين شيء كما هو الظاهر من عبارة
النهاية ومعراج الدراية والذخيرة وهي قولهم ولئن كانا في دارين فهو محمول على ما اذا تراضيا على القسمة
ولكن طلبوا من القاضي المعادلة فيما بينهم لم يفد التقييد بذلك شيأ لانهما انما تراضيا حينئذ على القسمة
العادلة فان كان مذهب أبي حنيفة أن البيوت المتفرقة لا تقسم قسمة واحدة فالظاهر أن وجه عدم
امكان التعديل في قسمتها قسمة واحدة كما قال في الدور فاذا لم يمكن التعديل فيها فكيف تجوز بمجرد
تراضيهما على القسمة مع طلب المعادلة فيها وبالجملة لا يرى معنى فقهي فارق بين صدور التصريح
بالتراضي على ذلك المعنى منهما وعدم صدوره فما معنى اختلاف جواب المسئلة في الصورتين فتأمل
(قوله لمحمد أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئر ماء أو سردابا أو اصطبلا أو غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالقيمة) أقول كان الظاهر في التعليل من قبل محمد أن يزاد على قوله ان السفل يصلح لما لا يصلح
له العلو وان العلو يصلح لما لا يصلح له السفل كدفع ضرر الندى في موضع يكثر فيه الندى واستنشاق
الهواء الملائم وغير ذلك فان مجرد صلاحية السفل لما لا يصلح له العلو دون العكس تقتضي تفضيل السفل
على العلو مطلقا كما هو مذهب أبي حنيفة فلا ينافي تقسيم ذراع من سفل بذراعين من علو بخلاف
تفضيل السفل مرة وتفضيل العلو أخرى فانه ينافي القسمة بالذرع أصلا ويقتضي المصير الى القسمة
بالقيمة ليتحقق التعديل وعن هذا قال فيما سيأتي ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد
بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقال والفتوى اليوم على قول محمد (قوله قيل أجاب كل
واحد منهم على عادة أهل عصره أو أهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل
مرة والعلو أخرى وقيل هو اختلاف معنى) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام واختلف المشايخ
بان مبنى هذا الاختلاف اختلاف عادة أهل العصر والبلدان في تفضيل السفل على العلو أو العكس
من ذلك أو استوائهما أو هو معنى فقهي فقال بعضهم أجاب كل منهم على عادة أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف بناء على ما شاهد من أهل
بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمد بناء على ما شاهد من اختلاف العادات
في البلدان من تفضيل السفل مرة والعلو أخرى انتهى أقول في أوائل تحريره خلل حيث قال أو
العكس من ذلك ولا يخفى أن عكس تفضيل السفل على العلو مطلقا انما هو تفضيل العلو على السفل
مطلقا وهو ليس بمذهب أحد في الاختلاف المذكور وانما المذهب فيه تفضيل السفل على العلو مطلقا
كما قال به أبو حنيفة واستواؤهما كما قال به أبو يوسف وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى كما قال به محمد
وليس الثالث بعكس الاول كما لا يخفى ولله در صاحب الهداية في حسن تحريره واصابته حيث قال في

وكذا

لان السفل يصلح لما لا يصلح
له العلو من حفر البئر واتخاذ
السرداب والاصطبل
وغيرها فلا يتحقق التعديل
الا بالقيمة ثم اختلف
الشيخان في كيفية القسمة
بالذرع فقال أبو حنيفة
ذراع سفل بذراعين من علو
وقال أبو يوسف ذراع بذراع
واختلف المشايخ بأن
مبنى هذا الاختلاف
اختلاف عادة أهل العصر
والبلدان في تفضيل السفل
على العلو أو العكس من
ذلك أو استوائهما أو هو
معنى فقهي فقال بعضهم
أجاب كل واحد منهم على عادة
أهل عصره أجاب أبو حنيفة
بناء على ما شاهد من عادة
أهل الكوفة في اختيار
السفل على العلو وأبو يوسف
بناء على ما شاهد من عادة
أهل بغداد في التسوية بين
العلو والسفل في منفعة
السكنى ومحمد على ما شاهد
من اختلاف العادات في
البلدان من تفضيل السفل
مرة والعلو أخرى وقال
بعضهم بل مبناه معنى
فقهي ووجه قول أبي
حنيفة رحمه الله أن منفعة
السفل تربو على منفعة العلو
بضعفه لانها تبقى بعد
فوات العلو دون العكس

(قوله أو هو معنى فقهي)
أقول معطوف على قوله
اختلاف عادة أهل عصر

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو منفعة السكنى لاغير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو عنده مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من العلو الكامل في مقابلة مثله من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل الكامل في مقابلة ستة وستين وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام مائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون وثلثان من السفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من علو الكامل في مقابلة ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله ظاهر على ما ذكر في الكتاب

وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لاغير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف أن المقصود أصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو المجرد ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد ومائة ذراع من العلو المجرد لان السفل والعلو عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو

تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو أخرى فأصاب المحز في افادة عين المذاهب الثلاثة الواقعة في الاختلاف المذكور كما ترى (قوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لاغير) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لقوله والمراعي التسوية في السكنى لا المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر اهـ أقول ليس ذلك بسديد أما أولا فلان معنى قوله فيما مر والمراعي التسوية في السكنى لا في المرافق أن المراعي في نفس القسمة بالذرع التي هي الاصل التسوية في السكنى لا في المرافق اذ الاتحاد في الجنس يحصل بالاتحاد في منفعة السكنى بدون الاحتياج الى الاتحاد في المرافق فيصار الى ما هو الاصل عند الاتحاد في الجنس من قسمة العين دون القيمة ومراده ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لاغير بيان مراعاة منفعة غير السكنى أيضا في كيفية القسمة عند أبي حنيفة وهي ذراع من سفل بذراعين من علو ولا بعد في أن يراعى في كيفية القسمة بالذرع ما لا يراعى في نفس القسمة بالذرع فان نفس القسمة بالذرع قد تتحقق منفكة عن تلك الكيفية كما في قسمة البيت السفلي فقط أو العلوي فقط فلا مخالفة بين الكلامين في المقامين كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لا معنى لقوله الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة فان المذكور فيما مر بقوله والمراعي التسوية في السكنى لا في المرافق انما هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف والمذكور ههنا بقوله وكذا السفل فيه منفعة السكنى الى آخره انما هو وجه قول أبي حنيفة وحده وما ذكره محمد بمعزل عن ذينك القولين معا فلا تأثير للفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة في دفع المخالفة بينهما كما ادعاها على أن قوله وهو غير ظاهر ليس بصحيح اذ لا شك في ظهور الفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة كما ترى (قوله ولابي يوسف أن المقصود أصل السكنى) أقول حق التحرير أن يقال ان أصل المقصود هو السكنى وهذا ظاهر للفطن المتدبر في المقام (قوله والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله) قال بعض الفضلاء

(قال المصنف وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى) أقول تخالفه لقوله والمراعي التسوية في السكنى لا في المرافق الا أن يفرق بين ما ذكره محمد وما ذكره أبو حنيفة وهو غير ظاهر (قوله في السفل المجرد) أقول الظاهر أن يقال من السفل (قال المصنف والسفل المجرد ستة وستون الخ) أقول قوله والسفل المجرد الخ مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى

أنه غير لازم قبل لان الرجوع صحيح قبل القبض وهو صحيح اذا كانت القسمة بتراضيهما أما اذا كان القاضي أونائبه يقسم فليس لبعض الشركاء أن يأبى ذلك بعد خروج بعض السهام والباقي واضح

قال (واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما) قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد أنهما أشهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه أولانه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى أنفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة (ولو شهد قاسم واحد لا تقبل) لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا والله أعلم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال (واذا ادعى أحدهم الغلط وزعم أن مما أصابه شيأ في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة) لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة

قوله والسفل المجرد الى آخره مستدرك لا حاجة اليه كما لا يخفى انتهى أقول دعوى استدراكه بالكلية خروج عن دائرة الانصاف فان قوله فيما قبل لان العلو مثل نصف السفل ليس ببيان كامل لقوله ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع وانما يكمل البيان بقوله والسفل المجرد أي سفل البيت الكامل ستة وستون وثلثان لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله أي بمقابلة مثله من السفل المجرد الذي لا علو عليه أصلا نعم حق البيان أن يؤخر قوله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا على قوله فيجعل بمقابلة مثله تبصر تفهم

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من العوارض التي عسى أن تقع وأن لا تقع أخرها قال صاحب العناية أخذا من غاية البيان والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر اه واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء انتهى أقول ذلك مندفع فان الظاهر أن المقسم في الاصل المزبور هو الاختلاف الملتفت اليه المعتبر في الشرع وما ذكره ذلك المعترض من الصورتين وهما الاختلاف في التقويم فيما اذا كانت القسمة بالتراضي والاختلاف فيه فيما اذا كانت بقضاء القاضي ولكن الغبن يسير خارج عن المقسم المذكور لعدم الالتفات اليه في الشرع كما سيجيء فلا يرد به النقض على شئ من القسمين

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

لما كان دعوى الغلط والاستحقاق من عوارض القسمة أخرها والاصل في هذا الباب أن الاختلاف اما أن يكون في مقدار ما حصل بالقسمة أو في أمر بعد القسمة فان كان الاول تحالفا وتفسخ القسمة ان لم يكن في دعواه متناقضا وان كان الثاني فحكمه البينة على المدعي واليمين على من أنكر فعلى هذا اذا ادعى أحدهما الغلط في القسمة وزعم أن مما أصابه شيأ في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فان أقامها فقد نور دعواه بها

(قوله فان كان الاول تحالفا الخ) أقول وفيه بحث فانهم اذا اختلفوا في التقويم والقسمة بالتراضي أو بقضاء القاضي والغبن يسير لا تحالف فيه ولا بينة ولا يمين كما يجيء

(فان لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعى فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما لان النكول حجة فى حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضى الله عنه ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه واليه أشار من بعد (وان قال قد استوفيت حقى وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه) لانه يدعى عليه الغصب وهو منكر (وان قال أصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة)

المذكورين فى الاصل المزبور (قوله فان لم تكن له بينة استحلف الشركاء) لانهم لو أقروا لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول كذا فى الكافى وعامة الشروح وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو صح هذا لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب فى اقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد انتهى أقول ليس ذاك بوارد اذ قد تقرر فى كتاب الاقرار أن حكم الاقرار ظهور المقر به بلا تصديق من المقر له الا فى نسب الولاد ونحوه ولكن يرد الاقرار برد المقر له الا بعد تصديقه فانه لا يرد حينئذ أصلا فاذا تقرر ذلك فادعاء المقر أنه كذب فى اقراره ان كان بعد تصديق المقر له اياه فى اقراره لا يدل ما ذكروا ههنا على وجوب تحليف المقر له هناك اذ لا يتمشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر فى اقراره بعد تصديقه اياه فى اقراره لزمه ذلك فان الاقرار لما لم يرد بعد تصديق المقر له لم يلزم المقر له بعد ذلك شئ باقراره بكذب المقر فى اقراره والا لزم أن يرد الاقرار الاول برد المقر له ذلك بعد تصديقه اياه وان كان ذلك الادعاء قبل تصديق المقر له المقر فى اقراره فلا يدل ما ذكروا ههنا أيضا على ذلك فانه يتمشى فيه أن يقال لو أقر المقر له بكذب المقر فى اقراره لزمه ذلك ولكن لا يتمشى فيه أن يقال فاذا أنكر استحلف كما قالوا فيما نحن فيه لانه اذا أنكر ذلك كان مصدقا له فى اقراره لان انكار كذبه فى اقراره يقتضى تصديقه فى اقراره فبعد ذلك لا يقبل الاقرار الرد فلا فائدة فى استحلافه ولذلك لم يجب تحليف المقر له هناك عند أبى حنيفة ومحمد بخلاف ما نحن فيه تأمل فيما قلنا فلعل فيه دقة ثم أقول لكن بقى فيما ذكروا شئ وهو أن قولهم لرجاء النكول فى قولهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول انما يرتبط بما قبله على قول من قال ان النكول اقرار وأما على قول من قال انه بذل لا اقرار كما ذهب اليه أبو حنيفة على ما مر فى كتاب الدعوى مفصلا فلا فانه اذا لم يكن اقرارا لا يلزم من لزوم اقرارهم لو أقروا وجوب استحلافهم اذا أنكروا لرجاء النكول فلا يرتبط آخر كلامهم بأوله كما لا يخفى على الفطن (قوله قال رضى الله عنه ينبغى أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه) قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية بعد نقل هذا عن الهداية وفى المبسوط وفى فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم فى اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ما ذكره صدر الشريعة وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغى أن يتحالفا أقول يمكن أن يقال انه ليس بمانع عن صحة الدعوى ولا ينبغى أن يتحالفا بناء على ما حققه صاحب الذخيرة حيث قال وأما دعوى الغلط فى مقدار الواجب بالقسمة فنوعان نوع يوجب التحالف ونوع لا يوجب التحالف والذى يوجب التحالف أن يدعى أحد المتقاسمين غلطا فى مقدار الواجب بالقسمة على وجه لا يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط والذى لا يوجب التحالف أن يدعى الغلط فى مقدار الواجب بالقسمة على وجه يكون مدعيا الغصب بدعوى الغلط وقال فى النوع الاول وانما وجب التحالف لان القسمة فى معنى البيع وفى البيع اذا وقع الاختلاف فى مقدار المعقود عليه يتحالفان اذا كان قائما فكذا فى القسمة وقال هذا اذا لم يسبق منهما اقرار باستيفاء الحق وأما اذا سبق لا تسمع دعوى الغلط الا من حيث الغصب وقال فى النوع

وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو أقروا لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا لرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه ونصيب المدعى كما ذكر فى الكتاب ولا تحالف لوجود التناقض فى دعواه قال المصنف رحمه الله (ينبغى أن لا يقبل دعواه أصلا) يعنى وان أقام البينة لتناقضه لانه اذا أشهد على نفسه أى أقر بالاستيفاء والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بكماله كان الدعوى بعد ذلك تناقضا قوله (واليه أشار من بعد) يريد قوله وان قال أصابنى الى موضع كذا فلم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة

(قوله وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو أقروا لزمهم الخ) أقول لو صح لدل على وجوب تحليف المقر له اذا ادعى المقر أنه كذب فى اقراره مع أنه لا تحليف عليه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله (قال المصنف ينبغى أن لا يقبل دعواه) أقول قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية وفى المبسوط وفى فتاوى قاضيخان ما يؤيد هذا وقال وجه رواية المتن أنه اعتمد على فعل القاسم فى اقراره باستيفائه حقه ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط فى فعله فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق انتهى وفيه بحث فان مثل هذا الاقرار ان كان مانعا عن صحة الدعوى لا تسمع البينة لابتنائه على صحة الدعوى وان لم يكن مانعا ينبغى أن يتحالفا

لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة نصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع ووجه الاشارة أن هذا المعنى قد وجد فى الصورة الاولى ولا تحالف فيها ولا سبب له سوى كون التناقض مانعا لصحة الدعوى واذا كان التناقض موجودا وجب أن لا تقبل دعواه أصلا وان قال قد استوفيت حقى وأخذت بعضه وعجز عن اقامة البينة فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعى عليه الغصب

وهو ينكر ولو اختلفا فى التقويم فلا يخلو اما أن يكون يسيرا أو فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان الاول لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضى أو بقضاء القاضى لان الاحتراز عن مثله عسر جدا وان كان الثانى فان كانت القسمة بقضاء القاضى فسخت لان الرضا منهم لم يوجد وتصرف القاضى مقيد بالعدل ولم يوجد وان كانت بالتراضى لم يذكره محمد رحمه الله وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله انه كان يقول لقائل أن يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة فى معنى البيع ودعوى الغبن فيه من المالك لا توجب نقضه أما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن الفاحش كبيع الاب والوصى ولقائل أن يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط فى القسمة والتعديل فى الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر فى القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة

لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع على ماذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم (ولو اختلفا فى التقويم لم يلتفت اليه) لانه دعوى الغبن ولا معتبر به فى البيع فكذا فى القسمة لوجود التراضى الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضى والغبن فاحش) لان تصرفه مقيد بالعدل (ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة) لما قلنا

الثانى اذا كان يجب التحالف باعتبار اختلافهما فى مقدار الواجب بالقسمة كما فى النوع الاول فباعتبار دعوى الغصب لا يجب التحالف كما فى سائر المواضع والتحالف أمر عرف بخلاف القياس فاذا وجب من وجه دون وجه لا يجب انتهى فتلخص منه وجه عدم وجوب التحالف فيما اذا أشهد على نفسه بالاستيفاء مع استماع دعواه كما وقع فى متن الكتاب فحصل به الجواب عن بحث ذلك القائل قطعا بل حصل به الجواب عما قاله صاحب الهداية أيضا من غير حاجة الى التكلف الذى ذكره صدر الشريعة لان دعوى الغلط على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء كما هو النوع الثانى من النوعين المذكورين فى الذخيرة لا يناقض الاقرار باستيفاء حقه من قبل كما لا يخفى على المتأمل (قوله لان الاختلاف فى مقدار ماحصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف فى مقدار المبيع على ماذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم) أقول فيه بحث وهو أن ماتقدم فى باب التحالف من كتاب الدعوى هو أن التحالف فيما اذا اختلف المتبايعان فى المبيع قبل القبض على وفاق القياس لان أحد المتبايعين يدعى الزيادة والآخر ينكرها وان الآخر يدعى وجوب تسليم البدل بما قاله وأحدهما ينكره فصار كل واحد منهما منكرا فيحلف وأما بعد القبض فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيئا حتى ينكره الآخر فيحلف عليه لكنا عرفنا التحالف فيه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا فاذا تقرر ذلك ففيما نحن فيه أحد الشريكين قابض نصيبه فانه ذو اليد ولا يدعى على الآخر شيأ وانما يدعى الآخر عليه بعض ما فى يده فكان التحالف فيه مخالفا للقياس ولا مجال لاجراء النص المزبور هنا بطريق القياس لان ذلك النص كان واردا فى البيع على خلاف القياس وقد تقرر عندهم أن ما ورد على خلاف القياس يختص بمورده ولا بطريق دلالة النص لان القسمة ليست فى معنى البيع من كل وجه اذ فيها معنى الافراز والمبادلة معا كما مر فى صدر كتاب القسمة والبيع مبادلة محضة ليس فيه معنى الافراز ولا بد فى الالحاق بطريق الدلالة من الاولوية أو التساوى على ما عرف فى موضعه ولم يوجد شئ منهما ههنا فليتأمل فى الدفع (قوله ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا فى يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة لما قلنا) قال فى العناية قوله لما قلنا اشارة الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها انتهى واستشكله بعض الفضلاء حيث قال فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى انتهى أقول الظاهر أن المراد بفسخ القسمة فى قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها فسخ القسمة المعاينة حال الخصومة الدالة فى الظاهر على كون ذلك البيت فى نصيب ذى اليد لا فسخ القسمة عن أصلها والاستئناف بقسمة أخرى حتى ينافى ما سيجئ فى الفصل الآتى من

فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الاول وهو مختار المصنف رحمه الله وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثانى قوله (ولو اقتسما دارا) هو عين مسئلة أول الباب لكن أعاده لزيادة بيان وقوله (لما قلنا) اشارة

(قوله ووجه الاشارة أن هذا المعنى الخ) أقول بل وجه الاشارة أنه فهم من تقييد المسئلة بقوله ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء أنه ان أشهد لا يتحالفان على ما هو المقرر فى الروايات لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا منع التناقض التحالف يمنع قبول الدعوى أيضا تأمل

الى قوله لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها وقوله (وكذا اذا اختلفا فى الحدود) قيل صورته دارا اقتسمها رجلان فأصاب أحدهما جانب منه وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه وأصاب الآخر جانب وفى طرف حده بيت فى يد صاحبه فادعى كل واحد منهما أن البيت الذى فى يد صاحبه داخل فى حده وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى فى يد صاحبه لما بينا يعنى قوله لانه خارج وبينة الخارج ترجح على بينة ذى اليد والباقى واضح

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان الغلط بين الاستحقاق (واذا استحق بعض نصيب أحدهما) ههنا ثلاثة أوجه استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا واستحقاق بعض شائع فى النصيبين واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين ففى الاول لا تفسخ القسمة بالاتفاق وفى الثانى تفسخ بالاتفاق وفى الثالث لم تفسخ عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن يخير ان شاء رجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقى واقتسم ثانيا وقال أبو يوسف رحمه الله تفسخ ومحمد مع أبى يوسف على رواية أبى سليمان ومع أبى حنيفة على رواية أبى حفص وهو الصحيح وصورة المسئلة ان أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء بان تكون قيمة الدار ألفا ومائتى درهم مثلا وقيمة الثلث المقدم ستمائة درهم وقيمة ما بقى مثله ثم استحق نصف الثلث المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما فى يده لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما فى يده وقيمته ثلاثمائة فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع وقيمته مائة وخمسون اعتبارا للجزء بالكل فيصير فى يد كل من الشريكين أربعمائة درهم وخمسون درهما والمجموع تسعمائة وهو ثلاثة أرباع ألف ومائتين قال المصنف رحمه الله (ذكر الاختلاف) يعنى القدورى رحمه الله فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار أن الاختلاف فى استحقاق بعض معين من نصيب أحدهما قال صاحب النهاية رحمه الله وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة فى الاسرار فى الشائع وضعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة وأقول وفى قوله ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه أيضا نظر فان قول القدورى واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما

(وان أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعى) لانه خارج وبينة الخارج تترجح على بينة ذى اليد (وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا فى الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذى هو فى يد صاحبه) لما بينا (وان قامت لاحدهما بينة قضى له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا) كما فى البيع

﴿فصل﴾ قال (واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبى حنيفة ورجع بحصة ذلك فى نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة) قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار والصحيح ان الاختلاف فى استحقاق بعض شائع من نصيب أحدهما فاما فى استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع فى الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد وذكره أبو سليمان مع أبى يوسف وأبو حفص مع أبى حنيفة وهو الاصح

أنه اذا استحق بعض معين من نصيب أحدهما لا تفسخ القسمة بالاجماع فى الصحيح وتحقق فسخ القسمة بالمعنى الاول فيما نحن فيه اذا نور دعواه بالبينة ظاهر لا يخفى

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان الغلط شرع فى بيان الاستحقاق (قوله قال رضى الله عنه ذكر الاختلاف فى استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر فى الاسرار) أى قال المصنف ذكر القدورى الاختلاف بين أبى

(قوله لانه يدعى فسخ القسمة بعد وقوعها) أقول فسخ القسمة ليس بظاهر فان المدعى شئ معين وهو البيت فاذا نور دعواه بالبينة يحكم بالبيت للمدعى

﴿فصل واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه﴾ (قوله ففى الاول الى قوله وفى الثالث) أقول أراد بالاول قوله استحقاق بعض معين وأراد بالثانى قوله واستحقاق بعض شائع فى النصيبين وأراد بالثالث قوله واستحقاق بعض شائع فى أحد النصيبين (قوله ففى الاول لا يفسخ القسمة بالاتفاق) أقول فى شرح الوقاية لصدر الشريعة ما يوافقه ونص عبارته وان استحق البعض من نصيب كل واحد فان كان شائعا فسخت القسمة وان كان معينا لم يذكر هذه المسئلة فأقول لا يفسخ القسمة بل يجعل هذا المستحق كان لم يكن فان كان الباقى فى يد كل واحد بمقدار نصيبه فلا رجوع لاحدهما على صاحبه وان نقص من نصيب أحدهما رجع بالحصة كما اذا كانت الدار نصفين والمستحق عشرة أذرع خمسة من نصيب هذا وخمسة من ذلك فلا رجوع وان كانت أربعة من هذا وستة من ذلك يرجع الثانى على الاول بذراع وفى غاية البيان والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففى استحقاق بعض معين فى أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنتقض القسمة بالاتفاق انتهى (قوله ليس بنص فى ذلك) أقول لكنه ظاهر فيه ويكفى ذلك للمصنف (قوله لجواز أن يكون قوله بعينه متعلقا بنصيب أحدهما) أقول الاصل فى أمثاله تعلقه بالمضاف على ما بين ثم الحمل على التأسيس خير من التأكيد فتأمل

لابعض فيكون تقدير كلامـــه واذا استحق بعض شائع فى نصيب أحـــدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع لافى المعين لابى يوسـف رحـــمه الله ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمـــة فيها فلابد من التراضى وصار كما اذا استحق بعض شائع فى النصيبين فى انعـــدام معنى القسمة وهو الافراز أما فيما ظهر فيه الاستحقاق فواضح وأما (٢٤) فى النصيب الآخر فلانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين فان

لابى يوســف أن باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهـــما والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق بعض شائع فى النصيبين وهـــذا لان باستحقاق جزء شائع ينعـــدم معنى القسمـــة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته فى نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع فى نصيب أحـــدهما ولهـــذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لاشركة لغيرهما فيه فاقتسما على أن لاحدهما مالهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا فى الانتهاء وصار كاستحقاق شئ معين بخلاف الشائع فى النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفرق نصيبه فى النصيبين أما ههنا لاضرر بالمستحق فافترقا

باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراءه لكنـــه يتخير ان شاء نقض القسمة من الاصل لانه ما رضى بها الا على تقـــدير المعادلة وقد فاتت ولهما أن معنى الافراز لا ينعـــدم باستحقاق جزء شائع فى نصـــيب أحدهما لانه لا يوجب الشيوع فى نصيب الآخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه فى الابتـــداء بأن كانت دار نصـــفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر والنصـــف المقدم من هذا النصـــف لواحـــد منهم والنصف الآخر بين اثنين عـــلى السوية والنصـــف المؤخر بين هـــذين الاثنين على السوية أيضا فاقتسما الاثنان على أن يأخـــذ أحدهما نصيبهما من المقدم وربع المـــؤخر واذا جاز ابتـــداء جاز انتهاء بطريق الاولى وصار كاستحقاق بيت معـــين فى عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشائع فى النصـــيبين فانه لو بقيت القسمـــة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه فى النصيبين أما ههنا فـــلا ضرر للمستحق

حنيفة وأبى يوسف فى استحقاق بعض معـــين من نصيب أحدهما وهكذا ذكر الاختـــلاف فى الاسرار قال صاحب النهاية وصفة الحوالة هذه الى الاسرار وقعت سهوا لان هذه المسئلة مذكورة فى الاسرار فى الشائع وضـــعا وتعليلا من الجانبين وتكرارا بلفظ الشائع غير مرة انتهى أقول وتعدية الحوالة بكلمة الى فى قول صاحب النهاية وصفة الحوالة هـــذه الى الاسرار وقعت سهوا أيضا والمطابق للغة تعديتها بكلمة على وقال صاحب العناية بعد نقل كلام صاحب النهاية بعين عبارته وأقول وفى قوله ذكر الاختـــلاف فى استحقاق بعض بعينـــه أيضا نظر فان قول القدورى واذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه ليس بنص فى ذلك لجواز أن يكون قوله بعينـــه متعلقا بنصيب أحـــدهما لا ببعض فيكون تقرير كلامه واذا استحق بعض شائع فى نصيب أحدهما بعينه وحينئذ يكون الاختلاف فى الشائع لافى المعين انتهى أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان كلام القدورى ان لم يكن نصا فيما حمل عليه المصنف فهو ظاهر فيه بحيث لا يشتبه على أحد من فحول العلماء لان قوله بعينه لو لم يكن متعلقا ببعض كان البعض المذكور فى هاتيك المسئلة مبهما فلا يعـــلم أن المراد به البعض المعين أو الشائع فيختل وضع المسئلة وأيضا لو كان قوله بعينه متعلقا بقوله نصيب أحدهما كان لمجرد التأكيد بل صار بمنزلة اللغو فى مثل هذا المقام وأما اذا كان متعلقا ببعض يكون تأسيسا مفيدا للمراد منه لا للابهام فانى هذا من ذلك على أن الاصل فى أمثال هذا التركيب تعلق القيد بالمضاف دون المضاف اليـــه كما بين فى محـــله فتبين أن كلام القدورى ظاهر فيما حمل عليه المصنف وقـــد تقرر فى عـــلم الاصول أن الظاهر يوجب الحكم قطعا كالنص على أحد معنيى القطعى وهو ما يقطع الاحتمال الناشئ عن دليل الا أن التفاوت بينهما أى بين الظاهر والنص انما يظهر عند التعارض فيقدم النص على الظاهر عنـــده ولم يعارض الظاهر هنا نص فوجب الحكم بموجبه (قوله لابى يوسف ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهـــما والقسمة بدون رضاه باطـــلة) قال صاحب العناية فى تعليل هذه المقدمة أعنى قوله والقسمة بدون رضاه باطلة لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتـــبر القيمة فيها فلا بد من التراضى انتهـــى ومأخذ تعليـــله هذا ما نقله صاحب غاية البيان عن الامام عـــلاء الدين الاسبيجابى حيث قال وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وضع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة لانه اعتبر القيمة والقسمة بالقيمة عنـــد أبى حنيفة لا تصح الا عن تراض انتهـــى وأورد بعض الفضـــلاء على قول صاحب العناية لان موضوع المـــسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة حيث

(قوله لان موضوع المسئلة فيما اذا تراضيا على القسمة) أقول لا حاجـــة الى القول بوضع المسئلة فى صورة التراضى وصورة فانها اذا كانت بقضاء القاضى يبطل أيضا اذا لم يرض الغائب على ما يجىء فى شرح قوله ولو أبرأه الغرماء (قوله لانه اعتـــبر القيمـــة فيها فلابد من التراضى) أقول فيـــه بحث فان القيمة معتـــبرة فيما اذا كانت القسمـــة بقضاء القاضى أيضا بل اعتبارها فيها آكد ولهذا لو كان بالغـــبن الفاحش فى أحد الطرفـــين يفسخ عـــلى ما مر فى الدرس السابق (قوله فاقتسما الاثنان) أقول الظاهر أن يقال فاقتسم الاثنان

وصورة المسئلة اذا أخذ أحدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدّم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدّم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدّم نصفه ثم استحق النصف الباقي شائعا رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند أبي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه قال

قال لا حاجة الى القول بوضع المسئلة في صورة التراضي فانها اذا كانت بقضاء القاضي تبطل اذا لم يرض الغائب على ما يجيء في شرح قوله ولو برأه الغرماء انتهى أقول ليس ذلك بصحيح اذ لا شك أن القسمة بين الورثة اذا كانت بقضاء القاضي لا تبطل بعدم رضا الغائب ألا يرى الى ما مر في الكتاب في أوائل كتاب القسمة من قوله واذا حضر وارثان وأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب للغائب وكيلا يقبض نصيبه انتهى ولو بطلت القسمة بعدم رضا الغائب لما ساغ للقاضي القسمة في تلك الصورة بمجرد طلب الحاضرين ثم ان قوله على ما يجيء في شرح قوله ولو برأ الغرماء ليس بحوالة رابحة اذ لا شئ في شرح ذلك ما توهم بطلانها سوى قول صاحب العناية بخلاف ما اذا ظهر وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما في عين التركة فلا ينقل الى مال آخر الا برضاهما انتهى لكن المراد بانتقاض القسمة في صورة ظهور الوارث أو الموصى له انتقاضها في قدر حقهما من عين التركة لا انتقاضها في مجموع التركة بالكلية بحيث يحتاج الى الاستئناف كما هو قول أبي يوسف فيما نحن فيه أو المراد انتقاضها بالكلية أيضا لكن في صورة القسمة بالتراضي دون القسمة بقضاء القاضي اذ لا تنقض القسمة بالكلية فيما اذا ظهر وارث أو الموصى له اذا كانت القسمة بقضاء القاضي نص عليه في البدائع حيث قال فيه موجب نقض القسمة بعد وجودها أنواع منها ظهور دين على الميت اذا طلب الغرماء دينهم ولا مال للميت سواه ولا قضاء الورثة من مال أنفسهم ثم قال ومنها ظهور الوصية لان الموصى له شريك الورثة ألا يرى انه لو هلك من التركة شئ قبل القسمة لهلك من الورثة والموصى له جميعا والباقي على الشركة بينهم ولو اقتسموا وثمة وارث غائب تنقض فكذا هذا وقال وهذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضاء القاضي لا تنقض لان الموصى له وان كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم عند غيبة أحد الورثة لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضاء القاضي اذا صادف محل الاجتهاد ينفذ ولا ينقض ثم قال ومنها ظهور الوارث حتى لو اقتسموا ثم ظهر أن ثمة وارثا آخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضاء القاضي لا تنقض لما ذكرنا الى هنا لفظه ثم ان ذلك البعض أورد أيضا على قول صاحب العناية لانه اعتبر القيمة فيها فلا بد من التراضي حيث قال فيه بحث فان القيمة معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضي أيضا بل اعتبارها فيه آكد ولهذا لو كان بالغبن الفاحش في أحد الطرفين تفسخ على ما مر في الدرس السابق انتهى أقول هذا أيضا ليس بصحيح لان القسمة بالقيمة لا تصح عند أبي حنيفة أصلا الا عن تراض وهذا مع كونه مما نص عليه شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بصدد بيان وضع هذه المسئلة كما ذكرناه من قبل ظاهر من أصل أبي حنيفة في كثير من المسائل المتقدمة في الكتاب فاعتبار القيمة في هذه المسئلة على قول أبي حنيفة وغيره كما يقتضيه تصويرها المذكور في عامة الكتب حتى في كتب محمد رحمه الله يدل على أن وضعها فيما اذا تراضيا على القسمة لا فيما اذا كانت بقضاء القاضي فقوله فان القيمة

صاحب المقدم نصفه) يعني النصف من الثلث المقدم الذي وقع في نصيب أحدهما ثم استحق النصف الثاني رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا يعني من قوله لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده الى قوله اعتبارا للجزء بالكل وسقط خياره ببيع البعض في فسخ القسمة لان الفسخ انما يرد على ما ورد عليه القسمة وقد فات بعض ذلك بالبيع وعند أبي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده فيقتسمان الباقي بعد الاستحقاق قوله (والمقبوض بالعقد الفاسد) جواب عما يقال ينبغي أن ينقض البيع لانه بناء على القسمة الفاسدة والبناء على الفاسد فاسد ووجهه أن القسمة في معنى البيع لوجود المبادلة واذا كانت فاسدة كانت في معنى البيع الفاسد والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة لتعذر الوصول الى عين حقه لمكان البيع فيضمن نصف نصيب صاحبه

(قال المصنف لان القسمة تنقلب فاسدة عنده) أقول

 يعني في حق المقاسم لا في حق المستحق فلا تخالف لما مر من أن القسمة بدون رضاه باطلة

قال (ولو وقعت القسمة الخ) ولو وقعت القسمة ثم ظهر فى التركة دين محيط ولم يوف الورثة من مالهم ولم يبرأ الغرماء ردت القسمة لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث حتى لو كان فى التركة المستغرقة بالدين عبد وهو ذو رحم محرم لوارث لم يعتق وكذا اذا كان الدين غير محيط بالتركة لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقى من التركة مابقى من الديون وراء ماقسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم جازت القسمة أى تبين جوازها سواء كان الدين محيطا أو غير محيط لان المانع قد زال بخلاف ما اذا ظهر له وارث أو الموصى له بالثلث أو الربع بعد القسمة وقالت الورثة نحن نقضى حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث أو الموصى له لان حقهما فى عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وعلى هذا لو ادعى أحد المتقاسمين بعد القسمة دينا على الميت صح ولو ادعى عينا لم يصح لان الدين يتعلق بمالية التركة والقسمة تصادف الصورة فلم يتناقض فى دعواه بالاقدام على القسمة ودعوى العين تتعلق بالصورة والقسمة تصادفها فالاقدام على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا ودعوى الخصوص يناقضه ولقائل أن يقول ان لم تكن دعوى الدين باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار أنها اذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعى فى نقض ماتم من جهته والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك

فصل

(ولو وقعت القسمة ثم ظهر فى التركة دين محيط ردت القسمة) لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقى من التركة مابقى بالدين وراء ماقسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة فى ايفاء حقهم ولو أبرأ الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط أو غير محيط جازت القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا بأى سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا

معتبرة فيما اذا كانت القسمة بقضاء القاضى أيضا ان أراد انها معتبرة عند أبى حنيفة فى صورة القضاء أيضا فليس كذلك وان أراد به أنها معتبرة فى صورة القضاء أيضا عند غير أبى حنيفة فلا يجدى شيأ فان عدم اعتبارها عند أبى حنيفة كاف فى تمام ما قاله صاحب العناية وقوله بل اعتبارها فيما آكد فى عدم الاصابة لان تحقق الغبن الفاحش لا ينحصر فى أن يكون قيمة أحد الطرفين أكثر من قيمة الآخر بل قد يتحقق الغبن بكون عين أحد الطرفين أكثر من عين الآخر من جهة الوزن أو الكيل أو الذرع أو العدد مما يليق بجنس المقسوم فأبو حنيفة يعتبر فى غبن القسمة بالقضاء التفاوت فى العين باحدى الجهات المذكورة دون التفاوت فى القيمة وما مر فى الفصل السابق من مسئلة فسخ القسمة بالغبن الفاحش لا يدل على كون الغبن من جهة القيمة البتة بل قد ذكر هنالك فى بعض الشروح للغبن مثال هو صريح فى التفاوت فى العين بان يقال وان اقتسما مائة شاة فأصاب أحدهما خمس وخمسون شاة وأصاب الآخر خمس وأربعون شاة فادعى صاحب الاكثر الغبن الى آخر المسئلة (قوله ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا فى التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ان لم تكن دعواه باطلة لعدم التناقض فلتكن باطلة باعتبار انها اذا صحت كان له أن ينقض القسمة وذلك سعى فى نقض ماتم من جهته والجواب انه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك انتهى أقول فى الجواب بحث لانه اذا ثبت الدين بالبينة فان لم تكن القسمة تامة من حيث أصل الاستحقاق فقد كانت تامة من جهته حيث رضى بها أولا فلزم السعى فى نقض ماتم من جهته ومدار السؤال عليه فان السعى فى نقض ماتم من جهته غير مقبول على قاعدة الشرع كما عرف فى نظائره واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال أنت خبير بان استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعى فى نقض ماتم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤدبه سائر الورثة من مالهم فليتأمل انتهى كلامه أقول وأنت خبير بان كون استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس غير مفيد ههنا فان المجيب لا يقول ان هذه الدعوى غير صحيحة فى ابتداء الامر ثم تبين صحتها بعد اقامة البينة بل يقول انها صحيحة فى الابتداء بناء على عدم تقرر تمام القسمة بل احتمال ثبوت الدين بالبينة فآل جوابه منع استلزامها ذلك كما أشار اليه بقوله فلا يلزم ذلك فالقاطع لعرق ذلك الجواب ماذكرناه من أن لزوم السعى فى نقض ماتم من جهته أمر مقرر لا مرد له بثبوت الدين بالبينة وانما الذى لا يلزم تمام القسمة من حيث أصل الاستحقاق وذلك لا يدفع السؤال المزبور ثم ان قول ذلك البعض

(قوله والجواب أنه اذا ثبت الدين بالبينة لم تكن القسمة تامة فلا يلزم ذلك) أقول أنت خبير بأن استماع البينة بعد تبين صحة الدعوى لا على العكس وهذه الدعوى غير صحيحة لاستلزامها السعى فى نقض ماتم من جهته فكيف تسمع البينة والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فليتأمل

﴿فصل في المهايأة﴾ لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض وهي المهايأة وأخرها عن قسمة الاعيان لكونها فرعا عليها واختار أن الترجمة بالباب أولى لان الكلام في باب دعوى الغلط والاستحقاق والمهايأة ليست منهما لكنها باب من كتاب القسمة ويجوز أن يقال انها فصل من كتاب القسمة وفيه ما فيه والمهايأة مفاعلة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للتهيئ للشئ وقد تبدل الهمزة ألفا وتحقيقه أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة ويختارها وأن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي ينتفع بها الشريك الاول وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا والقياس يأباها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين في نوبته ينتفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع الشريك بملكه في نوبته لكنا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها والحاجة اليها اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وأبى غيره ولم يطلب قسمة العين كما يجري في القسمة الا أن القسمة أقوى منها في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا أي ولكون القسمة أقوى اذا طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما لانه لو انتقضت لاستأنفه الحاكم لجواز أن يطلب الورثة المهايأة فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف ولو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز لما ذكر في المتن

﴿فصل في المهايأة﴾ المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع فأشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه أبلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه أبلغ ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم فلا فائدة في النقض ثم الاستئناف (ولو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة أو هذا علوها وهذا سفلها جاز) لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة

والاولى أن يجاب بمنع استلزامها ذلك لجواز أن يظهر له مال آخر أو يؤديه سائر الورثة من مالهم فما لا ينبغي أن يتفوه به العاقل فضلا عن مثل ذلك القائل لان الكلام فيما اذا لم يظهر له مال آخر ولم يؤده سائر الورثة اذ الحكم فيما اذا بقي من التركة بعد القسمة ما يفي بالدين أو أداه الورثة من مالهم قد مر في المسئلة المتقدمة مفصلا

﴿فصل في المهايأة﴾ لما فرغ من بيان أحكام قسمة الاعيان شرع في بيان أحكام قسمة الاعراض التي هي المنافع وأخرها عن قسمة الاعيان لكون الاعيان أصلا والمنافع فرعا عليها ثم ان المهايأة في اللغة مفاعلة مشتقة من الهيئة وهي الحالة الظاهرة للتهيئ للشئ وابدال الهمزة ألفا لغة فيها والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها يقال هايأ فلان فلانا وتهايأ القوم وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع كذا في الشروح (قوله المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه) قال الشراح والقياس يأبى جوازها لانها مبادلة المنفعة بجنسها اذ كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته اه أقول فيه شئ وهو أن ما ذكروا في وجه اباء القياس جوازها انما يتم في صورة التهايؤ من حيث الزمان بان ينتفع أحدهما بعين واحد مدة وينتفع الآخر به مدة أخرى لا في صورة التهايؤ من حيث المكان كما اذا تهايآ في دار على أن يسكن أحدهما ناحية والآخر ناحية أخرى منها فان التهايؤ في هذه الصورة افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت كما سيجئ في الكتاب عن قريب والظاهر من تقريراتهم كون جواز التهايؤ على الاطلاق أمرا استحسانيا مخالفا للقياس وما ذكروا في بيانه لا يفي بذلك كما ترى (قوله الا أن القسمة أقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب) أقول في كلية هذا التعليل نظر اذ قد صرحوا بان التهايؤ قد يكون من حيث الزمان وقد يكون من حيث المكان وسيأتي في ذلك الكتاب أيضا والجمع على التعاقب انما هو في التهايؤ من حيث الزمان وأما في التهايؤ من حيث المكان فيتحقق جمع المنافع في زمان واحد كما حققناه نعم ان القسمة في الاعيان أقوى بلا ريب من مطلق التهايؤ الذي هو قسمة المنافع لحصول التملك في الاولى من حيث

﴿فصل في المهايأة﴾ (قوله لانها مبادلة المنفعة بجنسها) أقول يعني نسيئة

والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت (ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط) لحدوث المنافع على ملكه

الذات والمنفعة وفي الثاني من حيث المنفعة فحسب (قوله والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة) ولهذا لا يشترط فيه التأقيت هذا ايضاح أنه افراز لانه لو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة حينئذ فيشترط التأقيت كذا في الشروح أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه لو كان مبادلة من كل وجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو مسلم لكن لا يلزم من عدم كونه مبادلة من كل وجه كونه افرازا من وجه حتى يثبت كونه افرازا لجميع الانصباء لجواز أن يكون افرازا من وجه ومبادلة من وجه بأن يكون افرازا لنصيب كل واحد منهما من المنفعة في الناحية التي يسكن هو فيها ومبادلة لنصيبه منها في الناحية الاخرى بنصيب الآخر في الناحية التي يسكن هو فيها كما قالوا في قسمة الاعيان على ما مر في صدر كتاب القسمة أنها لا تعرى عن المبادلة والافراز لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا وان أريد أنه لو كان مبادلة ولو بوجه كان ملحقا بالاجارة فيشترط فيه التأقيت كما يشترط في الاجارة فهو ممنوع لان الاجارة مبادلة المنفعة بالعوض من كل وجه فلا يلزم من اشتراط التأقيت فيها اشتراطه فيما هو افراز من وجه ومبادلة من وجه قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء فان القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر انتهى وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة في شرح هذا المقام أقول فيه نظر لان جمع المنافع الشائعة في البيتين في بيت واحد محال لعدم جواز انتقال العرض من محل الى محل آخر كما تقرر في محله فكيف يتمكن القاضي من جمعها فان قلت ليس المراد أن القاضي يجمعها حقيقة حتى يتوجه ما ذكر بل المراد أن القاضي يعتبر جمعها لئلا يكون ذلك التهايؤ مبادلة فيشترط فيه التأقيت كما أشار اليه المصنف بقوله ولهذا لا يشترط فيه التأقيت قلت اشتراط التأقيت فيه ليس بأصعب من اعتبار المحال متحققا حتى يرتكب الثاني لاجل دفع الاول وأيضا اعتبار المحال متحققا ليس بأولى وأسهل من عدم اعتبار شرط الاجارة ههنا للضرورة حتى يرتكب الاول دون الثاني وترك كثير مما يعتبر في الشرع لاجل الضرورة شائع في قواعد الشرع ألا يرى الى ما ذكروا فيما مر آنفا من أن القياس يأبى جواز التهايؤ لانه مبادلة المنفعة بجنسها وهي لا تجوز عندنا على ما تقرر في كتاب الاجارات لكنا تركنا القياس فيه لضرورة حاجة الناس اليه على أن لزوم اشتراط التأقيت فيه على تقدير عدم اعتبار جمع الانصباء في بيت واحد ممنوع لانه انما يلزم ذلك أن لو كان التهايؤ في الوجه المذكور مبادلة من كل وجه وأما اذا كان افرازا من وجه ومبادلة من وجه فلا يلزم ذلك لان اشتراط التأقيت فيما هو مبادلة من كل وجه كما قررناه من قبل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه بالمهايأة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه) قال تاج الشريعة فان قلت المنافع في العارية تحدث على ملك المستعير ومع هذا لا يملك الاجارة قلت لجواز أن يسترده المعير قبل مضي المدة فلا فائدة انتهى أقول جواز الاسترداد قبل مضي المدة ههنا أيضا متحقق اذ قد مر في الكتاب أنه لو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لكون القسمة أبلغ فمع احتمال أن يطلب الآخر القسمة وتبطل المهايأة قبل مضي المدة كيف يملك كل واحد منهما أن يستغل ما أصابه بالمهايأة بناء على حدوث المنافع على ملكه ولا فائدة في الاستغلال على تقدير طلب الآخر القسمة قبل مضي المدة كما في صورة

(ولو

فالتهايؤ في هذا الوجه وهو أن يسكن هذا في جانب من الدار ويسكن هذا في جانب آخر منها في زمان واحد افراز لا مبادلة لتحقق معناه فان القاضي يجمع جميع منافع أحدهما في بيت واحد بعد أن كانت شائعة في البيتين وكذلك في حق الآخر ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولو كان مبادلة كان تمليك المنافع بالعوض فيلحق بالاجارة ويشترط التأقيت قيل (قوله ولكل واحد أن يستغل ما أصابه) يجوز أن يكون توضيحا لكونه افرازا فانه اذا كان افرازا كانت المنافع حادثة على ملكه ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك وهو ظاهر المذهب ذكره شمس الأئمة السرخسي رحمه الله وفيه نظر لانه لو كان مبادلة كان كذلك أيضا والاولى أن يكون ابتداء كلام لنفي قول من يقول انهما اذا تهايآ ولم يشترطا الاجارة في أول العقد لم يملك أحدهما أن يستغل ما أصابه

(قوله يجوز أن يكون توضيحا الى قوله ومن حدثت المنافع على ملكه جاز أن يستغل وان لم يشترط في العقد ذلك) أقول منقوض بالاعارة

(ولو تهايا في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما فاذا كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلب أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا في قسمة المنافع ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما كالدار مثلا بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها وصاحبه في مؤخرها والآخر يطلب أن يسكن جميع الدار شهرا وصاحبه شهرا آخر يأمرهما القاضي أن يتفقا لان لكل واحد منهما مزية فلا ترجيح لاحدهما اذ التهايؤ في المكان أعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع من غير تقديم لاحدهما على الآخر وفي الزمان أكمل لان كلا منهما ينتفع بجميع جوانب الدار في نوبته فلا بد من الاتفاق دفعا للتحكم فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة (قوله ولو تهايا في العبدين) واضح وقوله (وقيل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم) أي قال بعض المشايخ رحمهم الله عنه وقوله (وهكذا روى عنه) يعني روى الخصاف عنه بمثل ما قال بعض المشايخ

(ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير) لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا (ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا) لان التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق (فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية) نفيا للتهمة (ولو تهايآ في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما) لان القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهايأة وقيل عند أبي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روى عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده

الاستعارة (قوله ولو تهايآ في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهايأة قد تكون في الزمان وقد تكون من حيث المكان والاول متعين ههنا) قال صاحب العناية ولم يذكر أن هذا افراز أو مبادلة لانه عطفه على صورة الافراز فكان معلوما انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه ان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه أيضا افراز بناء على أن المعطوف في حكم المعطوف عليه فليس بصحيح لان مجرد العطف لا يقتضي اشتراك المعطوفين في جميع الاحكام ألا يرى أن كثيرا من المسائل المتباينة في الاحكام يعطف بعضها على بعض على أن التهايؤ في العبد الواحد وفي البيت الصغير تهايؤ من حيث الزمان ولا مجال في مثل ذلك لان يكون افرازا كما يفهم من أدلة المسائل الآتية سيما من الفرق بين التهايؤ على الاستغلال في دار واحدة والتهايؤ على الاستغلال في الدارين وان أراد أنه قد علم من عطفه على صورة الافراز أنه ليس بافراز بناء على لزوم التغاير بين المعطوف والمعطوف عليه فليس بصحيح أيضا اذ يكفي في العطف المغايرة بينهما بحسب الذات ولا يلزم فيه المغايرة بينهما في جميع الاوصاف والاحكام حتى يتم ما ذكروه وبالجملة لا دلالة للعطف ههنا على كون المذكور بطريق العطف من قبيل الافراز والمبادلة فالتشبث بحديث العطف ههنا مما لا معنى له أصلا كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان كانت المهايأة في الجنس الواحد والمنفعة متفاوتة تفاوتا يسيرا كما في الثياب والاراضي تعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بهذه المهايأة واذا طلبها أحدهما ولم يطلب الآخر قسمة الاصل أجبر عليها وقيل تعتبر افرازا من وجه عارية من وجه لانها لو كانت مبادلة لما جازت في الجنس الواحد لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها وانه يحرم ربا النساء والاول أصح لان العارية ليس فيها عوض وهذا بعوض وربا النساء ثابت عند أحد وصفي العلة بالنص على

(قوله ولم يذكر الى قوله فكان معلوما) أقول فيه بحث (قوله فان كانت المهايأة) أقول من حيث الزمان (قوله فيما هو مبادلة على الاعيان من كل وجه) أقول قوله من متعلق بالمبادلة لا بالاعيان (قوله فلا يتعدى الى غيره) أقول قيل اجارة السكنى بالسكنى ليست مبادلة الاعيان فينبغي أن يجوز (قوله وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد يتعين مبادلة من كل وجه الخ) أقول فينبغي أن لا يجوز كاجارة السكنى بالسكنى ثم هو مخالف لقول المصنف بعد أسطر ويعتبر افرازا وجوابه ظاهر فان ذلك ليس من حيث الزمان بل في المكان (قوله بان يطلب أحدهما أن يسكن في مقدمها الخ) أقول الاولى أن لا يعين المقدم والمؤخر

والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم (ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز) استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لا يسامح فيها (ولو تهايآ في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه) وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن أبي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان بيع بعض أحدهما ببعض الآخر جائز ووجه الظاهر أن التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا أما يكثر التفاوت (٢) في أعيانهما فاعتبر مبادلة (وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبي حنيفة وعندهما يجوز) اعتبارا بقسمة الاعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة لا يجوز

خلاف القياس فيما هو مبادلة في الاعيان من كل وجه فلا يتعدى الى غيره انتهى أقول هذا الذي ذكره مأخوذ من الذخيرة والمبسوط وقد ذكر في النهاية ومعراج الدراية أيضا بنوع تفصيل ولكن فيه بحث وهو أنه قد مر في كتاب الاجارات أن اجارة المنافع بجنسها كاجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب غير صحيحة عندنا وقالوا في تعليل ذلك ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وقال المصنف هنالك واليه أشار محمد رحمه الله تعالى فلو كان ربا النساء عند وجود أحد وصفي العلة وهي القدر مع الجنس مختصا بمورد النص وهو البيع غير متعد الى غيره لما تم استدلال أئمتنا في الاجارات على عدم صحة اجارة المنافع بجنسها بربا النساء ثم لنا دليل آخر على عدم صحة ذلك كما مر أيضا في الكتاب هنالك لكن الكلام في الدليل الاول الذي ارتضاه فحول الفقهاء قاطبة حتى أشار اليه محمد رحمه الله تعالى وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وان كانت في الجنس المختلف كالدور والعبيد تعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا تجوز بدون رضاهما لان المهايأة قسمة المنافع وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف فكذا قسمة المنافع انتهى أقول وهذا أيضا مأخوذ من الكتب المذكورة ولكنه محل بحث أيضا أما أولا فلانه قد ذكر في الكتاب من قبل أن التهايؤ من حيث المكان افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولا يخفى أن التهايؤ في الجنس المختلف انما يتصور بان ينتفع أحد الورثة بأحد الاجناس والآخر بالآخر كما في الدور والعبيد فيصير من قبيل التهايؤ من حيث المكان فكيف يتم القول بأن المهايأة ان كانت في الجنس المختلف تعتبر مبادلة وأما ثانيا فلانه لو اعتبرت المهايأة في الجنس المختلف مبادلة من كل وجه لكانت المهايأة في الدور كاجارة السكنى بالسكنى وفي العبيد كاجارة الخدمة بالخدمة ومثل ذلك لا يجوز عندنا كما تقرر في الاجارات اللهم الا أن يكون مجموع قوله كالدور والعبيد مثالا واحدا فالمراد مثل أن يتهايآ على أن يسكن أحدهما الدور ويستخدم الآخر العبيد لكنه بعيد جدا سيما في مقابلة قوله من قبل كما في الثياب والاراضي وأما ثالثا فلان قوله وقسمة الاعيان اعتبرت مبادلة من كل وجه ممنوع اذ قد تقرر في صدر كتاب القسمة أن قسمة الاعيان مطلقة لا تعرى عن معنى الافراز ومعنى المبادلة الا أن معنى الافراز هو الظاهر في ذوات الامثال ومعنى المبادلة هو الظاهر في غير ذوات الامثال غير أن ذلك الغير ان كان من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء وان كان أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد اللهم الا أن يقال

وقوله (والاصح أنه يقسم القاضي عنده أيضا) قال الكرخي معنى قول أبي حنيفة أن الدور لا تقسم أي ان القاضي لا يقسمها فان فعل جاز وعلى هذا تجوز القسمة في الاصول فكذا في المنافع وتعليل الكتاب وهو قوله (لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت) أوجه لبقاء قوله في الاصول بلا تأويل وقوله (ولو تهايآ فيهما) واضح

(قوله قوله في الاصول) أقول أي قول أبي حنيفة رحمه الله لا يقسم الدور (قوله بلا تأويل) أقول على ما ذكره الكرخي

(٢ قول صاحب الهداية أما يكثر التفاوت الخ وجد بهامش الاصل حق العبارة أما التفاوت فيكثر في أعيانهما لان أما لا يليها الا الاسم اه مصححه

ووجه الفرق هو أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما إذا كان التهايؤ على المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لأن التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد (والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز) أيضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق أن في الدارين معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز

المراد بما ذكر هاهنا أن قسمة الأعيان في الجنس المختلف اعتبرت مبادلة من كل وجه في الحقيقة فلا ينافي ما تقرر في صدر الكتاب لكن فيه ما فيه فتأمل (قوله ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت المعادلة) قال في العناية لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول لأن القوى الجسمانية متناهية انتهى أقول لقائل أن يقول مقتضى هذا الوجه أن لا يجوز التهايؤ في العبد الواحد على نفس المنافع كما لا يجوز على الاستغلال إذ الظاهر أن منافعه التي هي أعماله لا تكون في الزمان الثاني كما كانت في الأول لتناهي القوى الجسمانية فتفوت المعادلة مع أن التهايؤ في العبد الواحد على منافعه جائز بالاتفاق كالتهايؤ على منفعة البيت الصغير كما مر من قبل في الكتاب ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بأن التهايؤ في العبد على الخدمة إنما جوز ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لأنها أعيان باقية ترد القسمة عليها فافترقا وسيجيء في الكتاب عين هذا الفرق بين المنفعة والغلة فتبصر (قوله ولا يجوز عنده لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز) وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدين لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الأصح أن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت كذا في العناية أقول في الجواب نظر إذ قدم في بيان فوت المعادلة في التهايؤ في العبد الواحد على الاستغلال أن الاستغلال إنما يكون على حسب الاستعمال فلما قل التفاوت في المنافع من حيث الخدمة لزم أن يقل التفاوت في الغلة أيضا بالضرورة فلم يظهر وجه المخالفة بين المسئلتين ولعل هذا هو السر في أن جماعة من الشراح ذكروا مضمون المعارضة المزبورة بطريق بيان الفرق بين المسئلتين من قبل الإمامين وعزوه إلى المبسوط ولم يتعرضوا للجواب عنه أصلا فتدبر (قوله والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها أعيانا) هذا جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ما سيذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فيتعذر قسمتها قال صاحب العناية ولقائل أن يقول علل التهايؤ في المنافع من قبل بقوله لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله هاهنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المذكور من قبل تتمة هذا التعليل لأن علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا أن كل واحد منهما علة مستقلة إلى هنا كلامه أقول لا السؤال بشيء ولا الجواب أما الأول فلأن الباطل إنما هو توارد العلتين المستقلتين على الواحد بالشخص على طريق الاجتماع لا توارده ما عليه على سبيل البدل كما تقرر في موضعه واللازم فيما نحن فيه هو الثاني دون الأول

وقوله (ووجه الفرق) يعني بين جواز التهايؤ في الاستغلال في دار واحدة وعدمه في العبد الواحد والدابة الواحدة وقوله (فتفوت المعادلة) لأن الاستغلال إنما يكون بالاستعمال والظاهر أن عمله في الزمان الثاني لا يكون كما كان في الأول لأن القوى الجسمانية متناهية وقوله (ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما) يعني في الدار الواحدة وقوله (في ظاهر الرواية) احترازا عما روي عن أبي حنيفة في الكيسانيات أنه لا يجوز لأن قسمة المنفعة تعتبر بقسمة العين وهي عنده في الدارين لا تجوز للتفاوت وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والاعتدال ثابت في الحال الخ وقوله (اعتبارا بالتهايؤ في المنافع) يعني في الاستخدام الخالي عن الاستغلال وقوله (لأن التفاوت في أعيان الرقيق أكثر منه) أي من التفاوت من حيث الزمان في العبد الواحد لأنه قد يكون في أحدهما كياسة وحذق ولباقة يحصل في الشهر الواحد من الغلة ما لا يقدر عليه الآخر ثم التهايؤ في استغلال العبد الواحد لا يجوز بالاتفاق ففي استغلال العبدين أولى أن لا يجوز وعورض بأن معنى الإفراز والتمييز راجح في غلة العبدين لأن كل واحد منهما يصل إلى الغلة في الوقت الذي يصل إليها فيه صاحبه فكان كالمهايأة في الخدمة وأجيب بأن التفاوت يمنع من رجحان معنى الإفراز بخلاف الخدمة لما بينا من وجه الأصح أن المنافع في الخدمة قلما تتفاوت

وقوله (والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة) جواب عن قولهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وبيان الضرورة ماذكره بعد هذا أن المنافع لا تبقى فتتعذر قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها أعيانا فيستغلانه على طريق الشركة ثم يقسمان ما حصل من الغلة ولقائل أن يقول علل جواز التهايؤ في المنافع بقوله من قبل لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت وعلله هنا بضرورة تعذر القسمة وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بان المذكور

والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان (ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما) والوجه ما بيناه في الركوب (ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايا على أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز) لان المهايأة في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

(قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة وقالا هي جائزة لما روي أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع

اذ لا يخفى أن المقصود من ايراد العلل المتعددة في أمثال هذا المقام هو التنبيه على أن كل واحدة منهما تصلح لافادة المدعى بالاستقلال بدلا عن الاخرى وفائدة ذلك بيان طرق مختلفة موصلة الى المطلوب ليسلك الطالب أي طريق شاء وأما الثاني فلان الظاهر من تعاليل المصنف باحدى العلتين المذكورتين في كل من الموضعين المتفرقين أن يكون كل واحدة منهما علة مستقلة والا يلزم أن لا يفيد شئ منهما المدعى في مقامه ضرورة عدم حصول المطلوب بجزء العلة على أن استقلال كل واحدة منهما في الافادة بين أما قلة التفاوت فلأن القليل في حكم العدم في عامة أحكام الشرع وأما ضرورة تعذر القسمة فلان الضرورات تبيح المحظورات على ما عرف وليت شعري ماذا يصنع الشارح المزبور في قول المصنف فيما بعد ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة الى آخره وقد اعترف بانه وجه آخر لابطال القياس وكذا في نظائر ذلك من الادلة المتعددة المذكورة في كثير من المسائل فهل يجعل كل واحد منهما جزء العلة لا علة مستقلة والله الموفق للصواب

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة كذا في الشروح (قوله قال أبو حنيفة المزارعة بالثلث والربع باطلة) قال في العناية انما قيد بالثلث والربع ليبين محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع انتهى أقول يرد على ظاهره أن المزارعة بالنصف وبالخمس وبغيرهما من الكسور محل النزاع أيضا فكيف يتبين بالتقييد بالثلث والربع محل النزاع فالاوجه ما ذكر في سائر الشروح من أنه انما قيد بالثلث والربع مع أنه لا تجوز المزارعة في جميع الصور عنده تبركا بلفظ الحديث فانه جاء في الحديث أنه عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص في الحديث بذلك لمكان العادة في ذلك الوقت بذلك التقدير انتهى والذي يمكن في توجيه ما في العناية أن المقصود بقوله انما قيد بالثلث والربع مقابلة

من قبل تتمة هذا التعليل لان علة الجواز تعذر القسمة وقلة التفاوت جميعا لا أن كل واحد منهما علة مستقلة وقوله (ولان الظاهر) وجه آخر لابطال القياس ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب وهو قوله اعتبارا بقسمة الاعيان الخ وقوله (ولو كان نخل أو شجر الخ) واضح

كتاب المزارعة

لما كان الخارج في عقد المزارعة من أنواع ما يقع فيه القسمة ذكر المزارعة بعدها وذكر المصنف رحمه الله معناها لغة وشريعة فأغنانا عن ذكره وسببه سبب المعاملات وشرعيته مختلف فيها قال (قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة) وانما قيد بالثلث والربع لتبيين محل النزاع لانه لو لم يعين أصلا أو عين دراهم مسماة كانت فاسدة بالاجماع (وقالا هي جائزة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع) ولانه

(قوله وفي ذلك توارد علتين مستقلتين على حكم واحد بالشخص وهو باطل) أقول فيه تأمل (قال المصنف اذ قرض المشاع جائز) أقول نعم لكن تأجيل القرض ليس بجائز الا أن يقال ليس قرضا من كل وجه

ولماذكر فى الكتاب من القياس وقوله (لانه لا أثر هنالك للعمل فى تحصيلها) يعنى لانه تخلل فعل فاعل مختار وهوأكل الحيوان فيضاف اليه واذا كان مضافا اليه لا يضاف الى غيره وهو العامل فلم تحقق فيه الشركة (ولابى حنيفة رحمه الله ماروى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة) فقيل وما المخابرة قال المزارعة بالثلث أو الربع (ولانه استئجار ببعض مايخرج من عمله) فانها لاتصح بدون ذكر المدة وذلك من خصائص الاجارة (فتكون فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول) على تقدير وجود الخارج فانه لا يعلم أن نصيبه الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة أو أقل منه أو أكثر (أو معدوم) على تقدير عدم الخارج (وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة) وهى أن يقسم الامام مايخرج من الارض وكان (بطريق المن والصلح) لانه لو أخذ الكل جاز لانه عليه الصلاة والسلام ملكها غنيمة فكان ماترك فى أيديهم فضلا ولم يبين مدة معلومة وقد أجمعوا على أن عقد المزارعة لا يصح الا ببيان مدة معلومة (وهو) أى خراج المقاسمة بطريق المن والصلح (جائز) فلم يكن الحديث حجة لمجوزها ولم يذكر الجواب عن القياس على المضاربة لظهور فساده فان من شرطه أن يتعدى الحكم الشرعى الى فرع هو نظيره وههنا ليس كذلك لان معنى الاجارة فيها أغلب حتى اشترطت فيها المدة بخلاف المضاربة قوله (واذا فسدت عنده) واضح وقوله (والخارج فى الوجهين) يعنى فيما اذا كان البذر من قبل العامل وفيما اذا كان من قبل رب الارض وقوله (لانه نماء ملكه) منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بان الغاصب عامل لنفسه باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر وقوله (كما فصلنا) اشارة الى قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض الخ

ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لايهتدى الى العمل والقوى عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا أثر هنالك للعمل فى تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ماروى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهى المزارعة ولانه استئجار ببعض مايخرج من عمله فيكون فى معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبى عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز (واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج شئ منه فله أجر مثله) لانه فى معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض واذا كان البذر من قبله فعليه أجر مثل الارض والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا

التقييد بالاطلاق لامقابلة التقييد بالتقييد يعنى أنه قيد بالثلث والربع ولم يطلق عن القيد بالكلية لانه قيد بهذا القيد المخصوص وهو الثلث والربع ولم يقيد بقيد آخر كالنصف وغيره لكن فيه مافيه كما ترى (قوله ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة) قال تاج الشريعة قلت الربح فى المضاربة يحصل بمال من أحد الجانبين وبعمل من الجانب الآخر فتنعقد شركة بينهما فى الربح وهنا كذلك انتهى أقول لم يجز فى المضاربة أن يكون المال والعمل من أحد الجانبين ولهذا قالوا هنالك وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد وهنا جاز لما سيأتى فى الكتاب أنه اذا كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت المزارعة ولا شك أن البذر مال بل البقر أيضا مال وقد اجتمعا مع العمل فى أحد الجانبين فكيف يتم اعتبار المزارعة مطلقا بالمضاربة فتأمل (قوله لانه لا أثر هنالك للعمل فى تحصيلها) قال صاحب معراج الدراية فى شرح هذا المحل لانه أى الزوائد على تأويل الزائد انتهى أقول هذا تعسف قبيح لا يقبله ذو فطرة سليمة عندمساغ أن يحمل الضمير فى قوله لانه على الشأن كما لا يخفى (قوله ومعاملة النبى عليه السلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه فى باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خيبر من أرض العرب اهـ أقول كون خيبر من أرض العرب ممنوع كيف وقد تقرر فى الباب المذكور أيضا أن أرض العرب لا يقر أهلها عليها على الكفر فان مشركى العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وقد أقر النبى عليه السلام أهل خيبر على أراضيهم على الكفر وذكروا حد أرض العرب طولا وعرضا فى الباب المذكور فمن أتقن ذلك فى موضعه لعله يحكم بأن خيبر ليست من أرض العرب (قوله والخارج فى الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه) قيل قوله لانه نماء ملكه منقوض بمن غصب بذرا فزرعه فان الزرع له وان كان نماء ملك صاحب البذر وأجيب بأن الغاصب عامل لنفسه

(قال المصنف ولان الاجر مجهول أو معدوم) أقول فان قيل منقوض بالمضاربة والجواب ظاهر (قال المصنف ومعاملة النبى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة الخ) أقول مخالف لما أسلفه فى باب العشر والخراج ان أرض العرب كلها أرض عشر فان خيبر من أرض العرب فتأمل (قوله لان معنى الاجارة فيها أغلب) أقول ليس فيما ذكره مايدل على الاغلبية بل على وجود معنى الاجارة (قوله منقوض بمن غصب بذرا فزرعه الخ) أقول ويجوز أن يجاب بمنع كون الزرع نماء صاحب البذر فان الغاصب ملكه بالزرع كما سبق فى الغصب

وقوله (الاأن الفتوى على قولهما) واضح وقوله (بيان المدة) يريد به مدة يمكن خروج الزرع فيها حتى لو بين مدة لا يتمكن فيها من المزارعة فسدت المزارعة وكذا اذا بين مدة لا يعيش أحدهما الى مثلها غالبا لانه يصير في معنى اشتراط بقاء العقد الى ما بعد الموت وقوله (لانه) أي لان عقد المزارعة (عقد على منافع الارض) يعني اذا كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) يعني اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها أي للمنافع بمنزلة الكيل أو الوزن وقوله (وهو) أي المعقود عليه (منافع الارض) ان كان البذر من قبل العامل (أو منافع العامل) ان كان البذر من قبل رب الارض ففي الاول العامل مستأجر للارض وفي الثاني رب الارض مستأجر للعامل فلابد من بيان ذلك بالاعلام وقوله (فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج يقع اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم

الاأن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع (ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط أحدها كون الارض صالحة للزراعة) لان المقصود لا يحصل بدونه (والثاني أن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به) لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل (والثالث بيان المدة) لانه عقد على منافع الارض أو منافع العامل والمدة هي المعيار لها ليعلم بها (والرابع بيان من عليه البذر) قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود عليه وهو منافع الارض أو منافع العامل (والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله) لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد (والسادس أن يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد) لفوات التخلية (والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله) لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد

باختياره وتحصيله فكان اضافة الحادث الى عمله أولى والمزارع عامل بأمر غيره فجعل العمل مضافا الى الآمر كذا في العناية وغيرها أقول النقض غير وارد أصلا والجواب غير دافع لما ذكر أما الاول فلان الزرع في الصور المذكورة ليس بنماء ملك صاحب البذر وانما هو نماء ملك الغاصب اذ قد مر في فصل ما يتغير بعمل الغاصب من كتاب الغصب أنه اذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها عندنا ومثل ذلك بأمثلة منها ما اذا غصب حنطة فزرعها فقد تبين منه أن البذر بالغصب والزرع يصير ملك الغاصب فيكون الزرع نماء ملكه قطعا وأما الثاني فلان محل النقض انما هو قوله لانه نماء ملكه وما ذكر في الجواب لا يفيد الفرق بين الغاصب والمزارع من جهة مورد النقض وانما يفيد الفرق بينهما من جهة كون أحدهما عاملا لنفسه باختياره والآخر عاملا بأمر غيره والكلام في الاول دون الثاني فلا يتم التقريب (قوله الاأن الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع) أقول لقائل أن يقول نعم ان القياس يترك بالتعامل ولكن النص لا يترك بذلك لان التعامل اجماع عملي والاجماع لا ينسخ به الكتاب ولا السنة على ما عرف في علم الاصول فبقي تمسك أبي حنيفة رحمه الله بالسنة وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المخابرة وهي المزارعة سالما عما يدفعه فما وجه الفتوى على قولهما ويمكن أن يقال لهما أن يدفعا ذلك بحمل المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم على ما اذا شرط في عقد المزارعة شرط مفسد اذ قد روي أنهم كانوا يشترطون فيه شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما وقد أشار اليه صاحب الكافي حيث قال فان قيل التعامل على خلاف النص باطل قلنا النصوص الواردة في المجتهدات صور النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها أو نحملها على ما اذا شرط شرطا مفسدا فقد روي أنهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد عندهما الى هنا كلامه (قوله والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون معلوما) أقول لا شك أن بيان نصيب كل من المتعاقدين مما لا بد منه في عقد المزارعة فعد بيان نصيب من لا بذر من قبله من الشرائط دون بيان نصيب الآخر مما لا يجدي كبير طائل فتأمل (قوله والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد) قال كثير من الشراح لانه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة في الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم انتهى أقول فيه شيء وهو أن القياس كما يأبى جواز قياس الاجارة المحضة بأجر معدوم يأبى جوازها بأجر موجود أيضا اذ قد تقرر في كتاب الاجارة أن القياس

(قال المصنف والقياس يترك بالتعامل الخ) أقول لكن النص لا يترك به ألا يرى الى ما سبق في باب الربا أن النص أقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وسيجيء أيضا في فصل الوطء والنظر من كتاب الكراهية لانه لا معتبر بالعادة مع النص (قال المصنف لانه عقد على منافع الارض) أقول ذكر الضمير الراجع الى المزارعة باعتبار الخبر أو لكونها في معنى أن مع الفعل

(والثامن

(والثامن بيان جنس البذر) ليصير الاجر معلوما قال (وهى عندهما على أربعة أوجه ان كانت الارض والبذر لواحد والبقر والعمل لواحد جازت المزارعة) لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة الخياط

يابى جواز الاجارة مطلقا لكون المعقود عليه الذى هو المنفعة غير موجود فى الحال لكنا جوزناها استحسانا لحاجة الناس اليها فكيف يتم الاستدلال بمجرد أن يابى القياس جوازها على فساد المزارعة على تقدير بقائها اجارة محضة فالاظهر أن يقال بدل قولهم والقياس يابى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والاجارة المحضة بأجر معدوم فاسدة قطعا ثم أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن مراد المصنف ههنا غير ما ذكره هؤلاء الشراح فانهم عللوا كون ما يقطع هذا الشركة مفسدا للعقد بأنه اذا شرط فيها ما يقطع الشركة فى الخارج تبقى اجارة محضة والقياس يأبى جواز الاجارة المحضة بأجر معدوم والمصنف فرع كون ما يقطع هذه الشركة مفسدا للعقد على ما قبله حيث قال فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد فقد جعل علة ذلك ما قبله وهو مضمون قوله لانه ينعقد شركة فى الانتهاء فمراده ان عقد المزارعة شركة فى الانتهاء وان كان اجارة فى الابتداء فكان معنى الشركة معتبرا فى انعقاد المزارعة فما يقطع هذه الشركة ينفى المعنى المعتبر فى انعقادها فيفسد عقد المزارعة لا محالة (قوله وهى عندهما على أربعة أوجه) واعلم أن مسائل المزارعة فى الجواز والفساد مبنية على أصل وهو أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو على منفعة العامل دون منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لانها استئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز قياسا لكنا جوزناه فى الارض والعامل لورود الشرع به فيهما أما فى الارض فأثر عبد الله بن عمر رضى الله عنه وتعامل الناس وأما فى العامل فعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر والتعامل لم يرد الشرع به فى البذر والبقر فأخذنا فيهما بالقياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور عدم الجواز فهو من قبيل استئجار الآخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين فلم يكن أحدهما تبعا للآخر ولكن المنظور فيه هو استئجار غير الارض والعامل ببعض الخارج لعدم ورود الشرع فى غيرهما وهذا هو الاصل الذى تدور عليه مسائل المزارعة كذا فى الشروح وأشار اليه فى الذخيرة وجامع فخر الاسلام ثم ان صاحب العناية بعد ما ذكر الاصل المزبور قال فاذا عرف هذا فلا علينا فى تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فاما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار بجعل كأن العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثانى والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيآن غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الاخس والفرع الى هنا كلامه أقول فيه خلل لانه جوز فى الوجه الاول أن يجعل العامل مستأجرا الارض وأن يجعل رب الارض مستأجرا العامل ولا مجال فيه للاول بل لا بد أن يكون المستأجر فيه هو رب الارض لان البذر كان من قبله فى هذا الوجه وقد تقرر فيما مر فى الشرط الرابع من شروط صحة المزارعة عندهما أن البذر اذا كان من قبل رب الارض كان المعقود عليه منافع العامل فكان المستأجر هو رب الارض وانما يصح أن يكون العامل مستأجرا فيما اذا كان البذر من قبله اذ يكون المعقود عليه حينئذ منافع الارض وعن هذا قال المصنف فى تعليل جواز المزارعة فى الوجه الاول لان البقر آلة العمل فصار كما اذا استأجر خياطا

وقوله (بيان جنس البذر) وجه القياس ليصير الاجر معلوما اذ هو جزء من الخارج فلا بد من بيانه ليعلم أن الخارج من أى نوع ولو لم يعلم عسى أن لا يرضى لانه ربما يعطى بذرا لا يحصل الخارج به الا بعمل كثير وفى الاستحسان بيان ما يزرع فى الارض ليس بشرط فوض الرأى الى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة فانه مفوض اليه قال (وهى عندهما على أربعة أوجه) قيام المزارعة بأربعة أشياء الارض والبذر والعمل والبقر لا محالة ثم اما أن يكون الجميع لاحدهما أولا لا سبيل الى الاول لان المزارعة شركة فى الانتهاء واذا لم يكن من أحد الجانبين شئ لم تتصور الشركة فتعين الثانى وهو اما أن يكون بينهما بالتنصيف أو باثبات الاكثر والاول على وجهين على ما هو المذكور فى المختصر

(قال المصنف وهى عندهما على أربعة أوجه) أقول أى المزارعة المستعملة بين الناس أربعة فلا يرد شئ على الحصر (قوله لان المزارعة شركة الخ) أقول ولا يمكن أن تنعقد اجارة أيضا كما لا يخفى

أن يكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر وهو الوجه الاول فى الكتاب وأن يكون الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر وهو الوجه الرابع فيه والثانى أيضا على وجهين أحدهما أن يكون الارض لواحد والباقى لآخر وهو الوجه الثانى والآخر أن يكون العمل لاحدهما والباقى لآخر وهو الوجه الثالث وهى جائزة الا الرابع ووجه كل واحد مذكور فى الكتاب وسأوضحه والمذكور من بطلان الرابع هو ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله انه جائز أيضا واعلم أن مبنى جواز هذه المسائل وفسادها على أن المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانعقادها اجارة انما هو على منفعة الارض أو منفعة العامل دون غيرهما من منفعة البقر والبذر لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضى أن لا يجوز فى الارض والعامل أيضا لكنا جوزناه بالنص على خلاف القياس وانما ورد النص فيهما دون البذر والبقر أما فى الارض فأثر عبد الله بن عمر رضى الله عنهما وتعامل الناس فانهم تعاملوا اشتراط البذر على المزارع وحينئذ كان مستأجرا للارض ببعض الخارج وأما فى العامل ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع

أهل خيبر والتعامل فانهم ربما كانوا يشترطون البذر على صاحب الارض فكان حينئذ مستأجرا للعامل بذلك فاقتصرنا على الجواز بالنص فيهما وبقى غيرهما على أصل القياس فكل ما كان من صور الجواز فهو من قبيل استئجار الارض أو العامل ببعض الخارج أو كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين ولكن المنظور فيه هو استئجار الارض أو العامل بذلك لكونه مورد الاثر وكل ما كان من صور العدم فهو من قبيل استئجار الآخرين أو كان المشروط على أحدهما شيئين غير متجانسين ولكن المنظور اليه ذلك والضابط فى معرفة التجانس ما فهم من كلامه وهو أن ما صدر فعله عن القوة الحيوانية وجه فهو جنس وما صدر عن غيرها فهو جنس آخر فاذا عرف هذا فلا علينا فى تطبيق الوجوه على الاصل المذكور فأما الوجه الاول فهو مما كان المشروط على أحدهما شيئين متجانسين فان الارض والبذر من جنس والعمل والبقر من جنس والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض أو رب الارض استأجر العامل والوجه الثانى والثالث مما فيه استئجار الارض والعامل وأما الوجه الرابع على ظاهر الرواية فباطل لان المشروط شيآن غير متجانسين فلا يمكن أن يكون أحدهما تابعا للآخر بخلاف المتجانسين فان الاشرف أو الاصل يجوز أن يستتبع الاخس والفرع ووجه غير ظاهر الرواية ما قال فى الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أى على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه

(وان كان الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت) لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة (وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من آخر جازت) لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته أو طيانا ليطين بمره (وان كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهى باطلة) وهذا الذى ذكره ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل

ليخيط بابرة الخياط فانه بمنزلة التصريح بأن المستأجر فى هذا الوجه هو رب الارض والعامل هو الاجير كالخياط (قوله وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة) أقول فيه نظر اذ لا نسلم أنه استئجار الارض ببعض معلوم كما اذا استأجرها بدراهم معلومة فان استئجار الارض ببعض من الخارج استئجار ببعض مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد كما مر فى دليل أبى حنيفة على عدم جواز المزارعة كيف ولو كان ذلك استئجارا ببعض معلوم لكانت المزارعة جائزة على مقتضى القياس أيضا وقد صرحوا بأن القياس يقتضى أن لا تجوز المزارعة مطلقا لكونها استئجارا ببعض الخارج وهو لا يجوز لكنا جوزناها فيما اذا كانت استئجار منفعة الارض أو العامل استحسانا بالنص والتعامل ولم نجوزها فيما سوى ذلك عملا بالقياس لعدم ورود الشرع به فيه فالحق فى تعليل جواز هذا الوجه أن يقال لانه استئجار الارض ببعض الخارج وهو جائز بالنص وتعامل الامة (قوله وعن أبى يوسف أنه يجوز أيضا لانه لو شرط البذر والبقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل) قال فى العناية ووجه غير ظاهر الرواية ما قال فى الكتاب لو شرط البذر والبقر عليه أى على رب الارض جاز فكذا اذا شرط البقر وحده وصار كجانب العامل اذا شرط البقر عليه والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل وأما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا فى

(قوله وهى جائزة الا الرابع) أقول أى الوجوه المذكورة جائزة الا الرابع (قوله والمذكور من بطلان الرابع) أقول لفظة من بيانية (قوله لانه استئجار ببعض الخارج والقياس يقتضى أن لا يجوز) أقول يعنى أن لا يجوز الاستئجار ببعض الخارج (قوله ولكن المنظور اليه ذلك) أقول كما سيتضح وبقوله ذلك اشارة الى استئجار الآخرين (قوله والمنظور اليه الاستئجار بجعل كان العامل استأجر الارض) أقول فيه بحث أما أولا فلانه مخالف للشروح وأما ثانيا فلانه مخالف لما صرح به نفسه مرارا أن المستأجر هو صاحب البذر

والجواب أن البذر اذا اجتمع مع الارض استتبعته للتجانس وضعف جهة البقر معهما فكان استئجارا للعامل وأما اذا اجتمع الارض والبقر فلم تستتبعه وكذا فى الجانب الآخر فكان فى كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا ولقائل أن يقول استئجار الارض والعامل منصوص عليه دون الآخرين فكان أرجح و يلزم الجواز ويمكن أن يجاب عنه بأن النص فى المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف العمل به مع وجود المعارض وقوله كل ذلك بخلق الله تعالى لا مدخل له فى الدليل وانما ذكره لانه لما أضاف منفعة الارض الى قوة فى طبعها توهم أن ينسب الى القول بالطبيعة فدفع ذلك وههنا وجهان آخران لم يذكرهما القدورى رحمه الله وهما فاسدان وقد ذكر المصنف رحمه الله وجه ذلك و بقى عليه اشكال وهو أن صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر فيستوجب عليه أجر مثل أرضه وأجيب بأن منفعة العامل ومنفعة الارض صارتا مسلمتين الى صاحب البذر اسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيأ لان عمل العامل بأمره فى القاء بذره كعمله بنفسه فيستوجب عليه أجر مثله فى الوجهين وثمة وجه آخر لم يذكراه أى القدورى وصاحب الهداية جميعا وهو أن يشترك أربعة (٣٧) على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والارض من آخر والبقر من آخر قال محمد رحمه الله فى كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعى عن واصل ابن أبى جميل عن مجاهد أنه وقع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر فهذه مزارعة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان على أحدهما مقصودا به وفيها الخارج لصاحب البذر لانه نماء بذره ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج لأنه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل

وجه الظاهر أن منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة فى طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما أحدهما أن يكون البذر لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر فانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثانى أن يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز أيضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج فى الوجهين لصاحب البذر فى رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفى رواية لصاحب الارض و يصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بأرضه

الجانب الآخر فكان فى كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره فكان باطلا اه أقول فى هذا الجواب بحث أما أولا فلان البذر اذا اجتمع مع الارض تعين أن يكون رب الارض مستأجرا والعامل أجيرا فلا يبقى لحديث استتباع الارض البذر محل لان المصير اليه للاحتراز عن لزوم استئجار البذر أصالة واذا تعين أن تكون هذه الصورة من قبيل استئجار العامل دون الجانب الآخر لم يبق احتمال لزوم استئجار البذر سواء استتبعته الارض أم لا فلم يكن للاستتباع تأثير فى هذه الصورة قط وأما ثانيا فلان قوله فكان فى كل من الجانبين معارضة بين استئجار الارض وغير الارض والعامل وغيره يشعر بجواز اعتبار استئجار كل من جانبى رب الارض والعامل فى الصورة المذكورة وقد مر مرارا أن البذر يعين الجانب الذى وجد فيه لان يكون مستأجرا للآخر فالوجه فى الجواب أن يقال اذا شرط البذر والبقر على رب الارض كان استئجارا للعامل لا لغيره أصلا فكان صحيحا قطعا وأما اذا لم يشرط البذر عليه بل شرط عليه البقر وحده كان استئجارا للارض وغيرها الذى هو البقر وليس الثانى تابعا للاول لعدم التجانس كما بين فى وجه ظاهر الرواية فكان باطلا لعدم ورود الشرع لاستئجار البقر أصالة ببعض من الخارج فتدبر (قوله وههنا وجهان آخران لم يذكرهما الخ) قال صاحب العناية

(قال المصنف لانه يتم شركة بين البذر والعمل) أقول لم يقل يتم شركة بين البذر والارض و بين البذر والبقر لان الشركة غير معتادة بين البذر من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والارض من جانب والعمل من جانب والبقر من جانب والبذر من جانب والارض من جانب أما البذر من جانب والعمل من جانب وزرع فى أرض مباحة فهو معهود ولاجل هذا خص البذر من جانب والعمل من جانب ومع كونه معهودا لا يجوز لعدم ورود الشرع بهذا ولعل الاولى أن يقال انما لم يقل كذلك لان المزارعة عقد شركة بين المال والعمل عندهما كالمضاربة فليتأمل (قوله ويمكن أن يجاب عنه بان النص فى المزارعة لما ورد على خلاف القياس على ما مر ضعف عن العمل به مع وجود المعارض) أقول وفيه بحث فان أمور المسلمين تحمل على الصلاح ما أمكن (قوله وبقى عليه اشكال) أقول يعنى على الرواية الاولى (قوله وهو أن صاحب الارض لم يسلم الارض الى صاحب البذر و يستوجب عليه احراز حقه الخ) أقول لابد من التأمل انه لم لا يحكم باجر مثل العامل مع انه قال يتم شركة بين البذر والعمل (قوله و يجعل لصاحب الفدان أجرا) أقول الفدان البقر الذى يحرث بها على وزن الفعال بالتشديد

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة) لما بينا (وان يكون الخارج شائعا بينهما) تحقيقا لمعنى الشركة (فان شرط الاحدهما قفزانا مسماة فهى باطلة) لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما فى المضاربة وكذا اذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقى بينهما نصفين لانه يؤدى الى قطع الشركة فى بعض معين أو فى جميعه بأن لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا شرطا رفع الخراج والارض خراجية وأن يكون الباقى بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقى بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدى الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقى بينهما والارض عشرية قال (وكذا اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقى) معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من ناحية أخرى

وثمة وجه آخر لم يذكره جميعا وهو أن يشترك أربعة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والبقر من آخر والأرض من آخر أقول الظاهر أن الكلام فى العقد الجارى بين الاثنين والائمة وجوه أخر لم يذكراها ولا أحد غيرهما وهى أن يشترك ثلاثة على أن يكون البذر من واحد والعمل من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون العمل من واحد والبقر من آخر والباقيان من آخر أو على أن يكون البقر من واحد والارض من آخر والباقيان من آخر الى غير ذلك من الصور الممكنة بين الثلاثة فكان التعرض ههنا للوجه الذى ذكره صاحب العناية خروجا عن الصدد وعن هذا ترى عامة الشراح لم يتعرضوه أصلا والاولى ههنا أن يقال وثمة وجه آخر لم يذكراه جميعا وهو أن يكون البقر لاحدهما والبواقى الثلاثة للآخر كما أشار اليه صاحب النهاية عند بيان وجه ضبط الاوجه فى صدر المسئلة وبيان انحصارها عقلا فى سبعة وقال ان حكمه كحكم أن يكون البذر لاحدهما والباقى للآخر وهو الفساد وقال صاحب العناية متصلا بكلامه السابق قال محمد فى كتاب الآثار أخبرنا عبد الرحمن الاوزاعى عن واصل بن أبى جميل عن مجاهد أنه وقع فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فألغى رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الارض وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم وألحق الزرع كله لصاحب البذر ثم قال ومعنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج لانه لا يستوجب أجر مثل الارض وأعطى لصاحب العمل كل يوم درهما لان ذلك كان أجر مثل عمله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل انتهى كلامه أقول توجيهه المروى عن النبى عليه الصلاة والسلام بما ذكره محل كلام أما أولا فلان كون معنى قوله ألغى صاحب الارض لم يجعل له شيأ من الخارج مما يأباه مقابلة قوله وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما لكل يوم اذ لم يجعل لصاحب الفدان ولصاحب العمل أيضا شيأ من الخارج بل جعل لكل واحد منهما أجرا كما صرح به الراوى فكيف يحسن مقابلتهما بالغاء صاحب الارض بالمعنى الذى ذكره اللهم الا أن يقال ذلك المعنى وان كان مما لا يساعده ظاهر اللفظ لكن الضرورة دعت اليه وصارت قرينة عليه اذ لا محالة انه لم يتحقق هنالك ما يقتضى كون صاحب الارض متبرعا فلا جرم انه استوجب أجر مثل أرضه وأما ثانيا فلان قوله ولم يذكر أجر الفدان لكونه معلوما من أجر العامل منظور فيه اذ لا يخفى أنه لا يلزم التوافق بين أجر الفدان وأجر العامل بل لا يجوز أن يكون أجر أحدهما نصف أجر الآخر أو ثلثه أو ربعه أو غير ذلك فكيف يعلم أجر أحدهما من الآخر سيما اذا كان المعين مؤخرا عن المبهم فى الذكر اللهم الا أن يقال كان العرف جاريا فى ذلك الزمان على اعتبار تساويهما فى الاجر فبناء على ذلك يجوز أن يعلم أجر أحدهما من أجر الآخر لكن الاظهر عندى أن يكون

(وكذا

قال (ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة الخ) معلومية مدة المزارعة شرط جوازها لما بينا يعنى قوله فى بيان شروطها والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض الخ والاصل فى هذا أن كل ما كان وجوده شرطا للجواز فعدمه مانع عنه لان الشرط لازم وانتفاؤه يستلزم انتفاء الملزوم وكذا شيوع الخارج تحقيقا لمعنى الشركة شرط الجواز فاذا انتفى فسدت وقوله (وصار كما اذا شرطا رفع الخراج) والارض خراجية والخراج خراج وظيفة بأن يكون دراهم مسماة بحسب الخارج وقفزانا معلومة وأما اذا كان خراج مقاسمة وهو جزء من الخارج مشاعا نحو الثلث أو الربع فانه لا تفسد المزارعة بهذا الشرط والماذيانات جمع الماذيان وهو أصغر من النهر وأعظم من الجدول وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم تسقى منه الارض والسواقى جمع الساقية وهو فوق الجدول ودون النهر كذا فى المغرب

وقوله (اعتبار العرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان) فان العرف عندهم أن الحب والتبن يكون بينهما نصفين وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب وقوله (والتبع يقوم بشرط الاصل) يعني لما كان الاصل وهو الحب مشتركا بينهما باشتراطهما فيه نصا كان التبع وهو التبن مشتركا بينهما أيضا تبعا للاصل وان لم يذكرا فيه الشركة فكان معناه والتبع يتصف بصفة الاصل وقوله (لانه حكم العقد) يعني أنهما لو سكتا عن ذكر التبن كان التبن لصاحب البذر لانه موجب العقد فاذا نصا عليه كانا مصرحين بما هو موجب العقد فلا يتغير به وصف العقد فكان وجود الشرط وعدمه سواء وأما اذا شرطا التبن لغير صاحب البذر فان استحقاقه له يكون بالشرط لانه ليس حكم العقد وذلك شرط يؤدي الى قطع الشركة بأن يخرج الا التبن وكل شرط شأنه ذلك مفسد للعقد فكانت المزارعة فاسدة قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) المزارعة اما أن تكون صحيحة أو فاسدة فان كانت

صحيحة فاما ان أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج فان أخرجت فالخارج على ما شرطا لصحة الالتزام فان العقد اذا كان صحيحا يجب فيه المسمى وهذا عقد صحيح فيجب فيه المسمى وان لم تخرج فلا شئ للعامل لانه يستحقه شركة يعني في الانتهاء ولا شركة في غير الخارج فان قيل كانت المزارعة اجارة ابتداء فلا بد من الاجرة أجاب بقوله وان كانت المزارعة اجارة فالاجر مسمى وقد فات فلا يستحق غيره واستشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه على المستأجر أجر المثل كملا فليكن هذا مثله لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجيب بأن الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لا يجب للاجير شئ آخر فكذا ههنا وان كانت فاسدة فلا فرق بين أن تخرج الارض وأن لا تخرج في وجوب أجر المثل للعامل لانه في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج فان أخرجت شيأ فالخارج لصاحب البذر

(وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب) لانه عسى أن يصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن (وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه) لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب (ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا التبن صحت) لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود (ثم التبن يكون لصاحب البذر) لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل (ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر صحت) لانه حكم العقد (وان شرطا التبن للآخر فسدت) لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال (واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام (وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل) لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال (واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر)

عدم ذكر أجر الفدان على التعيين بناء على عدم جزم الراوي بعين الاجر الذي جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحب الفدان فقال وجعل لصاحب الفدان أجرا مسمى يعني جعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم أجرا سماه ولكن لا أجزم بخصوصه كما أجزم بخصوص ما جعله لصاحب العمل (قوله وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن) أقول في هذا التعليل قصور اذ على تقدير انعقاد الحب أيضا يفسد الشرط المذكور عقد المزارعة لكونه مؤديا الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب والشركة فيما هو المقصود من لوازم صحة عقد المزارعة كما هو الاصل المقرر المبني عليه المسائل الآتية كما ترى فالاولى في تعليل هذه المسئلة أن يقال لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب كما قاله في تعليل المسئلة الآتية المتصلة بها وكان صاحب الكافي تنبه لما قلنا حيث ترك التعليل الذي ذكره صاحب الهداية هنا وجمع المسئلتين في تعليل واحد فقال وكذا لو شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب أو شرط التبن نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يقطع الشركة في الحب وهو المقصود انتهى (قوله واذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل) أقول عبارة الكتاب

(قال المصنف وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن) أقول ان كان المراد من أحدهما الاحد المعين وهو غير صاحب البذر فسلم ولكن ظاهر التقرير يأباه وان كان ما يعمه ولصاحب البذر ففساده ممنوع مطلقا فان التبن نماء البذر فالشرط حينئذ حكم العقد على ما سيجيء فلا يدل التعليل الذي ذكره على فساده وان كان المفسد قطع الشركة فيما هو المقصود فلا دخل فيه لعدم انعقاد الحب اذ لو انعقد تفسد أيضا كما لا يخفى (قوله وأجيب بان الاجر ههنا الخ) أقول وهذا الجواب لا يتمشى اذا أورد الاشكال بصاحب الارض والبذر والعمل والبقر من المزارع فتأمل (قوله والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الخ) أقول وفي قول المصنف لان أجر المثل في الذمة اشارة الى أن الاجر في الصور المتقدمة ليس في الذمة وذلك بالتسليم كما لا يخفى

لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر منه بالتسمية وقد فسدت وان كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على قدر المشروط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها قال المصنف رحمه الله (وقد مر في الاجارات) قال صاحب النهاية رحمه الله وفي هذا الذي ذكره من الحوالة نوع تغيير لانه ذكر في باب الاجارة الفاسدة من كتاب الاجارات في مسئلة ما اذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن أجر المثل وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط فبمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ في الاجارة الفاسدة كما هو قولهما الا في الشركة في الاحتطاب ثم ذكر ههنا وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ الى أن قال وقد مر في الاجارات وذلك يدل على أن مذهبه في جميع الاجارات الفاسدة يبلغ الاجر بالغا ما بلغ وليس كذلك وأجيب بأن هذه الاجارة من قبيل الشركة في الاحتطاب لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج وهذه حوالة بلا تغيير وان كان البذر

من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر فصار الى المثل ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على قدر المشروط له من الخارج أولا فهو على الخلاف المار ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة كان على العامل أجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان للبقر مدخلا في الاجارة لجواز ايراد عقد الاجارة عليه والمزارعة اجارة معنى فتنعقد المزارعة عليه فاسدا ويجب أجر المثل (وقوله هو الصحيح) احتراز عن تأويل بعض أصحابنا رحمهم الله لقول محمد رحمه الله في الاصل لصاحب البقر والارض أجر مثل أرضه وبقره على صاحب البذر قال

أن المراد به أن يجب أجر مثل الارض مكروبة أما البقر فلا يجوز أن يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجر المثل لا يكون بدون عقد لان المنافع لا تتقوم بدونه وقوله (واذا استحق رب الارض الخ) واضح خلا أنه يحتاج الى فارق بين خبث يمكن في منفعة الارض فأوجب التصدق بالفضل وبين خبث يمكن في عمل العامل فلم يوجب ذلك وفي كلام المصنف رحمه الله اشارة الى ذلك حيث قال لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض يعني فهو يحتاج اليهما على ما جرت به العادة احتياجا بالغا فكان الخبث شديدا فأورث وجوب التصدق وعمل العامل وهو القاء البذر وفتح الجداول ليس بتلك المثابة لجواز حصوله بدونه عادة كما اذا هبت الريح فألقت البذر في أرض وأمطرت السماء فكان ما يمكن به شبهة الخبث فلم يورث وجوب ذلك

لانه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال (ولو كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له من الخارج) لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله (وقال محمد له أجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات) (وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه) لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه (ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر) هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى (واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه) لان النماء حصل في أرض مملوكة له (وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفضل) لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض أوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به

ههنا قاصرة عن افادة تمام المراد لان المزارعة الصحيحة كما تكون استئجارا للعامل وذلك فيما اذا كان البذر من جانب رب الارض كذلك تكون استئجارا للارض وذلك فيما اذا كان البذر من جانب العامل وقوله وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل يفيد حكم الصورة الاولى دون الصورة الثانية بل يدل على كون الحكم في الثانية على خلاف الحكم في الاولى بمقتضى قولهم ان تخصيص الشئ بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه فكان الظاهر أن يقال وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ لاحد من المتعاقدين لا يقال علل المصنف قوله وان لم تخرج الارض شيأ فلا شئ للعامل بقوله لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره ولما جرى هذا التعليل في صورة استئجار

(قوله ثم قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا الخ) أقول فيه شئ وجوابه أن مفعول ذكر محذوف والتقدير ذكره (قوله فبمجموع هذا الذي ذكره في الاجارة يعلم أن عند محمد لا يبلغ أجر المثل بالغا ما بلغ ثم ذكر في الاجارات الفاسدة) أقول فيه شئ والظاهر أن قوله ثم ذكر سهو من قلم الناسخ (قوله لان الاجر غير معلوم قبل خروج الخارج الخ) أقول لا يلائم التعليل المذكور من قبله ههنا

قال (واذاعقدت المزارعة) فى هذا بيان صفة عقد المزارعة بكونه لازما أوغيره وهو لازم فى حال دون حال أما بعد القاء البذر فى الارض فانه لازم من الجانبين ليس لاحدهما فسخه الا بعذر وأما قبله فلازم من جهة من ليس البذر من جهته وغير لازم من جهة من هو من جهته فلو امتنع صاحب البذر لم يجبر عليه لانه لايمكنه المضىّ على العقد الا بضرر يلزمه وهو استهلاك البذر فى الحال فصار كمن استأجر رجلا ليهدم داره (وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل لانه لايلحقه بالوفاء بالعقد ضرر) سوى ماالتزمه بالعقد لانه التزم اقامة العمل وهو قادر عليها (والعقد لازم) من جهته (بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة) كالمرض المانع للعامل عن العمل والدين الذى لا وفاء به عنده الا ببيع الارض (فيفسخ به المزارعة ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلاشئ له فى عمل الكراب) لان المأتى به مجرد المنفعة وهو لايتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات (قيل هذا) الجواب (فى الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره فى الاستعمال واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) قياسا على الاجارة لكونها عقدا فيه الاجارة (وقد مر الوجه فى الاجارات) وهو قوله لانه لو بقى العقد صار المنفعة المملوكة أو الاجرة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لايجوز وفى الاستحسان يبقى العقد الى أن يستحصد الزرع نظرا للمزارع فانه فى الزرع غير متعد فلو لم يبق العقد وانتقل الارض الى ورثة ربها لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع ولا يجوز الحاق الضرر على غير المتعدى (٦ ـ تكملة ثامن) واليه أشار المصنف بقوله (فلو كان دفعها فى ثلاث سنين الخ) واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان

قال (واذاعقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه) لانه لايمكنه المضى فى العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر أجيرا ليهدم داره (وان امتنع الذى ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل) لانه لايلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال (ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلاشئ له فى عمل الكراب) قيل هذا فى الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره فى ذلك قال (واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة) اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه فى الاجارات فلو كان دفعها فى ثلاث سنين

الارض أيضا فهم منه حكم هذه الصورة أيضا فاكتفى بذكره لانا نقول عبارة المسئلة عبارة مختصر القدورى والمؤاخذة بقصورها فى افادة تمام المراد انما ترد على القدورى فالتعليل الذى ذكره المصنف بعد مدة طويلة كيف يدفع عنه التقصير السابق ولئن سلم ذلك فلا نسلم جريان التعليل المذكور وتمامه فى صورة استئجار الارض أيضا ألا ترى أن عامة الشراح ذكروا أن قوله وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره يشكل بمن استأجر رجلا بعين فعمل الاجير وهلكت العين قبل التسليم فانه يجب على المستأجر أجر المثل فليكن هذا مثله لان المزارعة صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وأجابوا عنه بان الاجر ههنا هلك بعد التسليم لان المزارع قبض البذر الذى يتفرع منه الخارج وقبض الاصل قبض لفرعه والاجرة العين اذا هلكت بعد التسليم الى الاجير لايجب للاجير شئ آخر فكذا ههنا انتهى ولايذهب عليك أن هذا الجواب لايتمشى فى صورة استئجار الارض فان رب الارض لايقبض البذر الذى يتفرع منه الخارج حتى يكون قبضه قبضا لفرعه فلم يتم التعليل المذكور فى حق هاتيك الصورة فتعين القصور تأمل (قوله ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلاشئ له فى عمل الكراب) لان المأتى به مجرد المنفعة وهو لا يتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات كذا فى عامة الشروح وقال بعد ذلك فى النهاية ومعراج الدراية ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لايستوجب الاجر على غيره انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ قد مر مرارا وتقرر أن البذر اذا كان من قبل رب الارض تعين ان يكون المستأجر هو رب الارض والمفروض فى مسئلتنا أن يكون البذر من قبل رب الارض فكيف يتم القول بأن المزارع استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه (قوله واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة) هذا جواب القياس وأما فى الاستحسان فيبقى عقد المزارعة الى أن يستحصد الزرع كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى المبسوط والذخيرة وقال بعد ذلك فى العناية

(قوله وان امتنع غيره أجبره الحاكم على العمل) أقول الظاهر الاطلاق عن هذا القيد فقد يكون العمل على صاحب البذر أيضا ويكون من الجانب الآخر الارض فقط (قوله ضرر سوى ماالتزمه بالعقد) أقول فيه بحث (قوله لقلعوا الزرع وتضرر به المزارع) أقول القلع مخصوص بما اذا كان البذر من قبل العامل أما اذا كان من جهة رب الارض فالقلع اتلاف لمالهم ولا يرتكبه عاقل فوجهه حينئذ لو فسخ العقد يذهب عمله مجانا بعدما ظهر حقه

فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يستحصد الزرع حتى مات رب الارض ترك الارض فى يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقى من السنتين لان فى ابقاء العقد فى السنة الاولى مراعاة للحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيهما على القياس (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة) لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع (ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) لما نبينه ان شاء الله تعالى (واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز) كما فى الاجارة (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج

واعلم أنه أراد بقوله واذا مات أحد المتعاقدين بعد الزرع لان الذى يكون قبله مذكور فيما يليه ولم يفصل بين ما اذا نبت الزرع أو لم ينبت ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة انتهى أقول فيه بحث لان ما ذكر فى أول المسئلة انما هو جواب القياس كما صرحوا به قاطبة فيدخل فيه ما نبت الزرع عند موته وما لم ينبت ولا شك أن مراده بالجواب فى قوله ولكنه ذكر جواب النابت فى قوله فى وجه الاستحسان فلما نبت الزرع فى السنة الاولى ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته انما هو جواب الاستحسان فكيف يتم قوله ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى أول اطلاق المسئلة ولا ريب أن دخوله فى جواب القياس لا يقتضى دخوله فى جواب الاستحسان أيضا وعن هذا اختلف المشايخ فيه كما صرح به فى الذخيرة حيث قال واذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة فيه اختلاف المشايخ انتهى (قوله واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها جاز كما فى الاجارة) قال فى النهاية ثم هل يحتاج فى فسخ المزارعة الى قضاء القاضى أو الى الرضا ذكر فى الذخيرة فيه اختلاف الروايات فقال لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا على رواية الزيادات لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى القضاء ولا الى الرضا بعض مشايخنا المتأخرين أخذوا برواية الزيادات وبعضهم أخذ برواية الاصل والجامع الصغير انتهى وقال فى العناية والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك انتهى أقول فيه نظر لان التشبيه بالاجارة انما يصلح للاشارة الى أنه اختار رواية الزيادات أن لو كانت الرواية فى الاجارة مقصورة على افتقار الفسخ فيها الى القضاء أو الرضا أو كان المصنف قد اختاره هنالك مصرحا برواية افتقار الفسخ الى أحدهما ولم يكن شئ منهما فان المصنف قال هنالك ثم قول القدورى فسخ القاضى اشارة الى أنه يفتقر الى قضاء القاضى فى النقض وهكذا ذكر فى الزيادات فى عذر الدين وقال فى الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فالاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى انتهى فتأمل (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ) قال فى النهاية الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل يتصور فى صور ثلاث ذكر فى الكتاب

(فلما نبت الزرع فى السنة الاولى) ولم يذكر جواب ما لم ينبت عند موته ولعله ترك ذلك اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة (ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب العامل الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شئ للعامل بمقابلة ما عمل) لما سيذكر بعيد هذا (واذا فسخت المزارعة بدين فادح) أى ثقيل من فدحه الامر أى أثقله (لحق صاحب الارض أحوجه الى بيعها جاز) الفسخ (كما فى الاجارة) والتشبيه بالاجارة يشير الى أنه اختار رواية الزيادات فانه عليها لا بد لصحة الفسخ من القضاء أو الرضا لانها فى معنى الاجارة وعلى رواية كتاب المزارعة والاجارات والجامع الصغير لا يحتاج فيه الى ذلك (وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشئ لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ) وهذا هو الموعود وقد ذكرناه من قبل قال فى النهاية وهذا الجواب بهذا التعليل انما يصح أن لو كان البذر من قبل العامل أما اذا كان البذر من قبل رب الارض فللعامل أجر مثل عمله وذلك لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون مستأجرا للارض فيكون العقد واردا على منفعة الارض لا على عمل العامل فيبقى عمل العامل من غير عقد ولا شبهة عقد فلا يتقوم على رب الارض وأما اذا كان البذر من قبل رب الارض حتى كان رب الارض مستأجرا للعامل فكان العقد واردا على منافع الاجير فيتقوم فاذا منافعه وعمله على رب الارض ويرجع على رب الارض بأجر مثل عمله كذا فى الذخيرة محالة الى مزارعة شيخ الاسلام رحمه الله وفيه نظر

(قوله اعتمادا على دخوله فى اطلاق أول المسئلة) أقول فيه تأمل فان التعليل بمراعاة الحقين يشمله أيضا فكيف يدخل فى اطلاق أول المسئلة وسيجىء فى هذا الدرس من الشارح فى مسئلة الفسخ بعذر الخ ما يؤيد ما قلناه (قوله لا يحتاج فيه الى ذلك الخ) أقول كما فى الاجارة

لان منافع الاجير وعمله انما تتقوم على رب الارض بالعقد والعقد انما قوم بالخارج (فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ) ثم الفسخ بعد عقد المزارعة وعمل العامل متصور في صور ثلاث ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وهو ما نحن فيه وقد ظهر حكمه وما اذا فسخ وقد نبت الزرع ولم يستحصد بعد وحكمه أن لا تباع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع وفي التاخير ان كان اضرارا بالغرماء لكن التأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه امتنع بيع الارض ولم يكن هو ظالما في ذلك والحبس جزاء الظلم ولم يذكر المصنف رحمه الله الصورة الثالثة ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ رحمهم الله (٤٣) قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء مال وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف رحمه الله ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخل في الصورة الثانية والله أعلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة الخ) اذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك يبقى الزرع وكان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد الزرع حتى لو كانت المزارعة بالنصف كان عليه أجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انقضت بانقضاء المدة لم يبق للعامل حق في منفعة الارض وهو يستوفيها بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فلا تسلم له مجانا والنفقة على الزرع وهي مؤنة الحفظ والسقي وكري الانهار عليهما على مقدار نصيبهما حتى يستحصد كنفقة العبد المشترك العاجز عن الكسب وقوله (لان في تبقية الزرع) دليل وجوب الاجر ووجه ذلك أنا لو أمرنا العامل بقلع الزرع عند انقضاء المدة تضرر به وان أبقيناه بلا أجر تضرر رب الارض فبقيناه بالاجر تعديلا للنظر من الجانبين والعمل عليهما لما ذكر في الكتاب وهو واضح وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض فانه يبقى الزرع بلا أجر ولا اشتراك في النفقة ولا اشتراك في العمل وكلامه فيه أيضا واضح فاذا انقضت المدة واحتاج الزرع الى النفقة

فاذا انعدم الخارج لم يجب شئ (ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع) لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال (ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال (واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما) معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع بأجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه

صورتين منها وهما ما اذا فسخ بعد ما كرب الارض وحفر الانهار وما اذا فسخ بعد نبات الزرع قبل أن يستحصد ولم يذكر ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض ذكر في الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ وكان الشيخ أبو بكر العتابي يقول له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا قالوا ان لصاحب البذر فسخ المزارعة لانه يحتاج الى استهلاك ماله من غير عوض يحصل له في الحال وحصوله في الثاني غير معلوم فكان هذا بمنزلة ما قبل التبذير وكان الشيخ أبو اسحق الحافظ يقول ليس له ذلك لان التبذير استنماء مال وليس باستهلاك ألا يرى أن الاب والوصي يملكان زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك مال الصبي واذا كان كذلك كان للمزارع في الارض عين مال قائم انتهى وقال في العناية لم يذكر المصنف الصورة الثالثة وهي ما اذا فسخ بعد ما زرع العامل الارض الا أنه لم ينبت حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض فيه اختلاف المشايخ قال بعضهم له ذلك لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين قائم لان التبذير استهلاك فكان بمنزلة ما قبل التبذير وقال بعضهم ليس له ذلك لان التبذير استنماء وليس باستهلاك ولهذا يملك الاب والوصي زراعة أرض الصبي ولا يملكان استهلاك ماله فكان للمزارع في الارض عين قائم ولعل هذا اختيار المصنف ولم يذكره لان البذر ان كان لصاحب الارض لم يكن فيها مال الغير حتى يكون مانعا عن البيع وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية انتهى أقول ان قوله وان كان للعامل فقد دخلت في الصورة الثانية كلام خال عن التحصيل لانه ان أراد بدخولها في الصورة الثانية دخولها في نفس الصورة الثانية فليس بصحيح جدا اذ قد اعتبر في الصورة

(قوله وحكمه ان لا تباع) أقول اذا لم يبع لم يفسخ العقد (قوله وان بقيناه بلا أجر تضرر رب الارض) أقول حيث تكون أرضه مشغولة بملك الغير جبرا

فأنفق أحدهما بغير اذن صاحبه فهو متطوع لانه أنفق على ملك الغير بغير أمره لا يقال هو مضطر لاحياء حقه فلا يوصف بالتبرع لان تمكنه من الاستئذان من القاضي يمنع الاضطرار (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالمزارع) ولو أراد المزارع ذلك مكن منه ويخير رب الارض بين الامور الثلاثة المذكورة في الكتاب بدليلها فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر في ذلك لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع لانتفاعه بنصيبه و بأجر المثل فيرد عليه بخلاف المزارع فانه يرد عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فربما يخاف أن نصيبه من الزرع لا يفي بذلك وقوله (ولومات المزارع) ظاهر

(قال فان أنفق أحدهما بغير اذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع) لانه لا ولاية له عليه (ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك) لان فيه اضرارا بالمزارع (ولو أراد المزارع) أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر (ولومات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى أن يستحصد الزرع وأبى رب الارض فلهم ذلك) لانه لا ضرر على رب الارض (ولا أجر لهم بما عملوا) لانا أبقينا العقد نظرا لهم فان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال (وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت) وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل أو الطحن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ

الثانية نبات الزرع وفي الصورة الثالثة عدم نباته فاني يتصور دخول احداهما في الاخرى وان أراد بذلك دخولها في حكم الصورة الثانية فهو صحيح على قول بعض المشايخ لكن لا يصلح لان يكون وجها لعدم ذكر تلك الصورة بالكلية لان دخولها في حكم الصورة الثانية على قول بعض المشايخ انما يعرف ببيان حكمها من قبل واذا لم يذكر تلك الصورة قط فمن أين يعلم أن حكمها كحكم الصورة الثانية كما قال به بعض المشايخ أو كحكم الصورة الاولى كما قال به بعضهم الآخر والاوجه عندي أن المصنف انما لم يذكر تلك الصورة تأسيا بالامام محمد رحمه الله فانه لم يذكرها في كتابه كما بينه صاحب الذخيرة حيث قال وان كان المزارع قد زرع الارض الا أنه لم ينبت بعد حتى لحق رب الارض دين فادح هل له أن يبيع الارض لم يذكر محمد رحمه الله هذه المسئلة في الكتاب وقد اختلف المشايخ فيها انتهى (قوله لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه) فان قيل ترك النظر لنفسه انما يجوز اذا لم يتضرر به غيره وههنا يتضرر رب الارض واستدفاع الضرر ليس بمنحصر فيما ذكر لم لا يجوز أن يكون بالمنع عن القلع كرب الارض أجيب بأن رب الارض متعنت في طلب القلع

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي الخ (قوله والمالك على الخيارات الثلاث) يعني المذكورة الا أنه في هذه الصورة لو رجع بالنفقة رجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق لبقاء العقد وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان المزارع لما امتنع عن العمل الخ قال (وكذا أجرة الحصاد والرفاع) قد تقدم معنى الحصاد والدياس في البيع الفاسد والرفاع بالفتح والكسر هو أن يرفع الزرع الى البيدر والتذرية تمييز الحب من التبن بالريح ولما كان القدوري ذكر هذه المسئلة عقيب انقضاء مدة الزرع والزرع لم يدرك ربما يوهم اختصاصها بذلك فقال المصنف وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات وكلامه واضح والاصل أن اشتراط ما ليس من أعمال المزارعة على أحد المتعاقدين قال يفسدها لانه شرط لا يقتضيه وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد الاجارة فكذا المزارعة لان فيها معنى الاجارة والفاصل بين ما هو من أعمالها وغيره أن كل ما ينبت وينمى ويزيد في الخارج فهو من أعمالها وما لا فلا وعلى هذا فالحصاد والدياس والتذرية ورفعه الى البيدر اذا شرط شئ منها على أحدهما فسدت في ظاهر الرواية وروى أصحاب الامالي عن أبي يوسف أنها اذا شرطت على العامل جازت للتعامل اعتبارا للاستصناع

(قال المصنف لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي) أقول فيه تسامح فان العقد قد انتهى (قال المصنف لان بكل ذلك يستدفع الضرر) أقول فيه شئ فان قولنا لصاحبها اقلع الزرع الزام الضرر وجوابه أن المراد بكل ذلك على وجه التخيير

وقال شمس الائمة هذا هو الاصح فى ديارنا والمصنف جعل الاعمال ثلاثة ما كان قبل الادراك كالسقى والحفظ وهو من أعمالها وما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس ونحوهما وما كان بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن وأشباههما وهما ليسا من أعمالها فيكونان عليهما لكن فيما هو قبل القسمة على الاشتراك وفيما هو بعدها على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة ليتميز ملك كل واحد منهما عن ملك الآخر فكان التدبير فى ملكه اليه خاصة (والمعاملة قياس هذا) أى المساقاة أيضا على هذه الوجوه وقوله (لانه مال مشترك) سماه مشتركا بعد القسمة باعتبار ما كان وقيل باعتبار أن المجموع بعد القسمة بينهما الا ترى أن نصيب كل واحد اذا كان معينا فى قرية يقال لهم شركاء فى القرية

قال شمس الائمة السرخسى هذا هو الاصح فى ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الادراك كالسقى والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما فى ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وأشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقى والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجداد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد فى الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو أرادا فصل القصيل أو جذ التمر بسرا أو التقاط الرطب فذلك عليهما لانهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسرا فصار كما بعد الادراك والله أعلم

﴿كتاب المساقاة﴾

(قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى جزأ من الثمر مشاعا)

لانتفاعه بنصيبه وبأجر المثل فرد عليه بخلاف المزارع فانه يردع عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من أجر المثل فر بما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفى بذلك كذا فى العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ان رب الارض أيضا ليس بمتعنت فى طلب القلع بل هو يردع عن نفسه بالقلع ما يجب عليه من النفقة على تقدير الابقاء فر بما يخاف أن يصيبه من الزرع ما لا يفى بنفقة حصته فليتأمل اه

﴿كتاب المساقاة﴾

قال فى غاية البيان كان من حق الوضع أن يقدم كتاب المساقاة على كتاب المزارعة لان المساقاة جائزة بلا خلاف ولهذا قدم الطحاوى المساقاة على المزارعة فى مختصره الا أن المزارعة لما كانت كثيرة الوقوع فى عامة البلاد وكان الحاجة اليها أكثر من المساقاة فقدمت على المساقاة ولان المزارعة لما وقع فيها الخلاف بين الائمة كانت الحاجة الى علمها أمس فقدمت ولان تفريعاتها أكثر من تفريعات المساقاة انتهى أقول فى تقريره نوع خلل فانه قال فى أوائل كلامه لان المساقاة جائزة بلا خلاف وذلك يقتضى عدم وقوع الخلاف أصلا فى جواز المساقاة وليس كذلك قطعا لان أبا حنيفة لم يجوزها كما ذكر فى نفس الكتاب حيث قال قال أبو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وكذا زفر لم يجوزها كما ذكر فى عامة الشروح وقال جمهور الشراح كان من حق المساقاة أن تقدم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى عليه السلام بأهل خيبر الا أن اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة أقول فيه أيضا شئ وهو أن قولهم ولورود الاحاديث فى معاملة النبى عليه السلام بأهل خيبر محل نظر فان الاحاديث كما وردت فى حق المساقاة وردت فى حق المزارعة أيضا من غير فصل سيما الاحاديث الواردة بطرق شتى فى قصة أهل خيبر وعن هذا قال المصنف فى أوائل كتاب المزارعة وهى يعنى المزارعة فاسدة عند أبى حنيفة وقالا جائزة لما روى أن النبى عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع انتهى وكأن كلا من فريقى الشراح اطلع على ما فى

﴿كتاب المساقاة﴾

كان من حق المساقاة التقديم على المزارعة لكثرة من يقول بجوازها ولورود الاحاديث فى معاملة النبى صلى الله عليه وسلم أهل خيبر الا أن اعتراض موجبين صوب ايراد المزارعة قبل المساقاة أحدهما شدة الاحتياج الى معرفة أحكام المزارعة لكثرة وقوعها والثانى كثرة تفريع مسائل المزارعة بالنسبة الى المساقاة

(قوله وقال شمس الائمة هذا هو الاصح فى ديارنا) أقول وفيه بحث لان كونها أصح اما أن يكون رواية أو دراية ولا يصح شئ منهما لان الروايات والدلائل لا تتعلق بديار دون أخرى ويمكن أن يقال دليل هذه المسئلة العرف وهو يختلف باختلاف الديار والله أعلم

(والمساقاة هي المعاملة) بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو مفهومها الشرعي فهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها والكلام فيها كالكلام في المزارعة يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وهي غير جائزة عند أبي حنيفة كالمزارعة

وبه أخذ زفر وجائزة عند أبي يوسف ومحمد وهو قول ابن أبي ليلى وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة والمزارعة لا تجوز الا تبعا لها وذلك بان يكون النخيل والكرم في أرض بيضاء تسقى بماء النخيل فيأمر بأن يزرع الارض أيضا بالنصف وقد ذكر دليله في الكتاب وهو واضح والجواب أن مساس الحاجة الى تجويزها والعرف الظاهر بين الناس في جميع البلدان ألحقاها بالمضاربة فجازت منفكة عن المعاملة وقوله (وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر) معناه لو دفع رطبة قد انتهى جذاذها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على أن مارزق الله تعالى من بذر فهو بينهما نصفين جاز انما كان البذر مما رغب فيه وحده لانه يصرف في معنى الثمر للشجر وهذا لان ادراك البذر له وقت معلوم عند المزارعين فكان ذكره بمنزلة ذكر وقت معين والبذر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها وقوله (غرسا قد علق) أي نبت ولم يبلغ حد الاثمار ظاهر وقوله (بخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها) معناه حتى تذهب أصولها وينقطع نباتها لانها وقوله (أو أطلق في الرطبة) يعني لم يقل حتى تذهب أصولها (فسدت المعاملة) معناه اذا لم يكن للرطبة جذة معلومة فان كان فهي جائزة كما لو أطلق في النخيل فانه ينصرف الى الثمرة الاولى وقد ترك المصنف في كلامه قيدين لا غنى عنهما فكان ايجازا مخلا

والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بأن شرطا رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيها ما هو المتيقن وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة

كلام الآخر من الخلل حيث ترك ما أخل به الآخر كما ترى (قوله والمساقاة هي المعاملة) قال في العناية والمساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة ومفهومها اللغوي هو الشرعي وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها انتهى وورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هي عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة وفي الشرع عقد على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره وقال في الحاشية فمفهومها اللغوي أعم من الشرعي لا عينه كما توهمه صاحب العناية انتهى أقول ليس ذلك بوارد اذ الظاهر أن المراد بالمعاملة في قوله المساقاة هي المعاملة المعهودة بين الناس المسماة بالمساقاة بلغة أهل المدينة وهي معاقدة دفع الاشجار والكروم الى من يقوم باصلاحها على أن يكون له سهم معلوم من ثمرها وليس المراد بها مطلق المعاملة الشاملة لمثل البيع والاجارة وسائر العقود حتى يكون مفهومها اللغوي أعم من مفهومها الشرعي والا يلزم أن لا يصح قوله المساقاة هي المعاملة بلغة أهل المدينة اذ لا شك أن أهل المدينة لا يطلقون لفظ المساقاة على كل معاملة بل انما يطلقونه على معاملة مخصوصة معهودة بين الناس وقد اعترف ذلك الراد أيضا بأن المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة فلا يتصور أن يكون مفهومها اللغوي أعم من الشرعي كما لا يخفى (قوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة) قال في العناية يعني شرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة انتهى أقول في هذا التفسير خلل لان الشرائط التي ذكرت للمزارعة ليس كلها شرطا للمساقاة فان شرائط المساقاة أربعة كما نص عليه الامام قاضيخان في فتاواه وذكر في النهاية وغيرها أيضا وشرائط المزارعة ثمانية كما مر في الكتاب في أوائل المزارعة فكيف يتم القول بأن شرائط المساقاة هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة وقد سبق صاحب الكفاية الى هذا التفسير الذي ذكره صاحب العناية ولكن قيده بما يصلح في الجملة حيث قال أي وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت للمزارعة مما يصلح شرطا للمساقاة انتهى ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله والكلام فيها كالكلام في المزارعة أن الدليل على جوازها أو عدم جوازها على القولين كما مر في المزارعة ويرشد اليه قوله وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة

(قوله يعني شرائطها التي ذكرت للمزارعة) أقول فيه بحث

وقوله (لانها تنمو ماتركت فى الارض) دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى تذهب أصولهما الانه لانهاية لذلك فكان غير معلوم وقوله (لايخرج الثمر فيها) أى فى الوقت أنثه بتأويل المدة قال (وتجوز المساقاة فى النخيل والشجر) هذا بيان ماتجرى فيه المساقاة ومالاتجرى فيه وخصص الشافعى رحمه الله جوازها بما ورد فيه الاثر من حديث خيبر وكان فى النخل والكرم (ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت) وعموم العلة يقتضى عموم الحكم ولانسلم أن أثر خيبر خصهما لان أهلها يعملون فى الاشجار والرطاب أيضا ولئن سلمنا ذلك لكن الاصل فى النصوص التعليل لاسيما على أصله فان بابه عنده أوسع لانه يرى التعليل بالعلة القاصرة وبكل وصف قام دليل التميز على كونه جامعا بين الاوصاف وأما نحن فانا لانجوزه بالعلة القاصرة ويشترط قيام الدليل على أن هذا النص بعينه معلول وموضعه أصول الفقه وقوله (وليس لصاحب الكرم) واضح وقوله (لماقدمناه) وفى بعض النسخ على ماقدمناه اشارة الى ماذكره فى المزارعة بقوله (واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه الخ) والحاصل أن المساقاة لم تشتمل على ضرر فكانت لازمة من الجانبين بخلاف المزارعة فان صاحب البذر يلحقه ضرر فى الحال بالقاء بذره فى الارض فلم تكن لازمة من جهته ثم عذر صاحب الكرم لحوق دين فادح لايمكنه الايفاء الابيبع الكرم وعذر العامل المرض وقوله (ولم يرد به الشرع) لانها جوزت بالاثر فيما يكون أجر العامل بعض الخارج

لانها تنمو ماتركت فى الارض فجهلت المدة (ويشترط تسمية الجزء مشاعا) لما بينا فى المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة (فان سميا فى المعاملة وقتا يعلم أنه لايخرج الثمر فيها فسدت المعاملة) لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج (ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت) لانا لانتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج فى الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ فى المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك فى الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحا ولا شئ لكل واحد منهما على صاحبه قال (وتجوز المساقاة فى النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعى فى الجديد لاتجوز الا فى الكرم والنخل لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خيبر لايخصهما لان أهلها كانوا يعملون فى الاشجار والرطاب أيضا ولو كان كما زعم فالاصل فى النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله (وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر) لانه لاضرر عليه فى الوفاء بالعقد (وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر) بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على ماقدمناه قال (فان دفع نخلا فيه تمر مساقاة والتمر يزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم يجز) وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهى والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ماقبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل

الاتبعا الخ فانه بيان قول ثالث فارق بين كون المزارعة أصلا وكونها تبعا فلو كان المراد بقوله والكلام فيها كالكلام فى المزارعة بيان شروط المساقاة كان ذكره بين بيان الاقوال الثلاثة المذكورة أجنبيا كما لايذهب على ذى فطانة (قوله لانها تنمو ماتركت فى الارض فجهلت المدة) قال صاحب العناية وقوله لانها تنمو ماتركت فى الارض دليل الرطبة ولم يذكر دليل النخيل والرطبة اذا شرط القيام عليهما حتى يذهب أصولهما الانه لانهاية لذلك فكان غير معلوم وفى نسخة فكان معلوما انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان كون قوله لانها تنمو ماتركت فى الارض دليل الرطبة وحدها ممنوع بل يمكن أن يجعل دليلا على المجموع لجريانه فى المجموع كيف لا ولاشك أن الدليل وهو قوله لانه ليس لذلك نهاية معلومة يعم المجموع فينبغى أن يعم ذلك الدليل أيضا المجموع عند امكان ذلك وأما ثانيا فلان ماذكره من العذر لعدم ذكر المصنف دليل النخيل والرطبة اذا شرطا القيام عليهما حتى يذهب أصولهما ليس بتام أما على النسخة الاولى التى معناها الانه لانهاية لذلك أى لزمان ذهاب أصولهما فكان أى المدة بتأويل الوقت غير معلوم فلانه يرد عليه انه انما يفيد تحقق تينك الصورتين أيضا ولايتم عذرا لعدم ذكر دليلهما كما هو المقصود وأما على النسخة الثانية التى معناها الانه لانهاية لذلك فكان معلوما أى كان دليل تينك الصورتين معلوما لظهور افساد جهالة المدة العقد فلم يحتج الى ذكره فلانه يرد عليه أن يقتضى أن لايذكر دليل الرطبة أيضا لان حاصل ذلك الدليل أيضا جهالة المدة فينبغى أن لايذكر ذلك أيضا بناء على كونه معلوما فتأمل

(قوله ولم يذكر دليل النخيل والرطبة) أقول فيه بحث (قوله و يشترط قيام الدليل الخ) أقول زائدا على شرط قيام دلالة التميز بين وصف ووصف على أن هذا الوصف هو مناط الحكم (قوله لحوق دين فادح) أقول بالفاء (قوله وقوله ولم يرد به الشرع لانها الخ) أقول فيه بحث

قوله (واذا فسدت المساقاة) واضح وقوله (والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه) جواب الاستحسان ابقاء العقد دفعا للضرر عنه وأما فى القياس فقد انقضت المساقاة بينهما وكان البسر بين ورثة صاحب الارض و بين العامل نصفين ان شرطا أنصافا لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج والاجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين والباقى واضح علم مما ذكر نظيره فى المزارعة وقوله (وهذا خلافة فى حق مالى) جواب عما يقال كان للمورث الخيار وقد مات والخيار لا يورث كما تقدم فى شرط الخيار وهو واضح وقوله (والخارج بسر أخضر فهذا والاول) يعنى صورة الموت (سواء والعامل بالخيار ان شاء عمل كما كان يعمل لكن بغير أجر لان الشجر لا يجوز استئجاره) وان أبى خير الآخر بين الخيارات الثلاث بخلاف المزارعة فى هذا أى فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا لما ذكره فى الكتاب وهو واضح قال (وتفسخ بالاعذار لما بينا فى الاجارات) يريد به قوله ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهى المعقود عليها فصار العذر فى الاجارة كالعيب قبل القبض الى آخره (وقد بينا وجوه العذر فيها) أى فى الاجارة وكلامه واضح

قال (واذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله) لانه فى معنى الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال (وتبطل المساقاة بالموت) لانها فى معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر (ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط و بين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر و بين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر) لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره فى المزارعة (ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وان كره رب الارض) لان فيه النظر من الجانبين (فان أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاثة) التى بيناها (وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل) لقيامهم مقامه وهذا خلافة فى حق مالى وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا أن يكون وارثه فى الخيار (فان أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الارض) على ما وصفنا قال (واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والاول سواء وللعامل أن يقوم عليها الى أن يدرك لكن بغير أجر) لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة فى هذا لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفى المزارعة فى هذا عليهما لانه لما وجب أجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال (وتفسخ بالاعذار) لما بينا فى الاجارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض ضررا لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لان فى الزامه استئجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا

(قوله ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط و بين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر و بين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك فى حصة العامل من الثمر) قال الامام الزيلعى فى شرح الكنز وفى رجوعهم فى حصته فقط اشكال وكان ينبغى أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضى أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدى الى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد فى المزارعة أيضا انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل ذلك قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون فى حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة انتهى أقول ما قاله ذلك البعض من المعنى خلاف ما صرحوا به فى هذا المقام فان عبارة الكافى للعلامة النسفى وعبارة شرح الكافى للحاكم الشهيد وعبارة غاية البيان وغيرها هكذا وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ و يرجعوا بنصف نفقتهم فى حصة العامل من الثمر كما مر فى المزارعة انتهى ولا شك أنها صريحة فى أن ما يرجعون به

(قال المصنف و يرجعوا بذلك فى حصة العامل) أقول قال العلامة الزيلعى فى رجوعهم فى حصته فقط اشكال وكان ينبغى أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا اذا اختار المضى ولم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدى الى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدى الى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد فى المزارعة أيضا انتهى قلت لا اشكال اذ معنى الكلام يرجعون فى حصة العامل بجميع ما أنفقوا لا بحصته كما فهمه هذا العلامة ثم أقول قوله لانه يؤدى الى استحقاق العامل بلا عمل فى بعض المدة الخ يعنى بعض هذه المساقاة فانها تبقى استحسانا بخلاف ما اذا انقضت مدة العقد فى المزارعة على ما مر لكن لك أن تقول بقاؤها استحسانا كان نظرا للعامل فاذا التزم الضرر ينتقض العقد صرح به فى النهاية ولو

وقوله (فيه روايتان) يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احداهما لا يكون عذرا و يجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر وتأويله أن يشترط العمل بيده فاذا ترك ذلك العمل كان عذرا أما اذا دفع اليه النخيل على أن يعمل فيها بنفسه وبأجرائه فعليه أن يستخلف غيره فلا يكون ترك العمل عذرا في فسخ المعاملة (ومن دفع أرضا بيضاء ليس فيها شجر الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة) وهو الارض (وكان جميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثل عمله لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فكان فاسدا وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة ولم يكن مشروطا بل المشروط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يمكن تسليمها شجرا وجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لانها أعيان متقومة بنفسها لا مجانسة بينها و بين عمل العامل لانه متقوم بالعقد لا قيمة له في نفسه

ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته (ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز ذلك) لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله (وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل) لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها وأجر مثله لانه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها

نصف نفقتهم لا جميعها فافى بتيسر الحمل على خلاف ذلك (قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان) قال في العناية يعني في كون ترك العمل عذرا روايتان في احداهما لا يكون عذرا و يجبر على ذلك لان العقد لازم لا يفسخ الا من عذر وهو ما يلحقه به ضرر وههنا ليس كذلك وفي الاخرى عذر انتهى أقول في تفسير كلام المصنف بالوجه المذكور خلل اذ يصير حاصل معناه حينئذ في كون ترك العمل عذرا روايتان احداهما كونه عذرا والاخرى عدم كونه عذرا فيؤدي الى كون الشيء ظرفا لنفسه ولنقيضه ولا يخفى بطلان ذلك والوجه عندي أن معنى قول المصنف فيه روايتان في جواب هذه المسئلة وهي قوله هل يكون عذرا فيه روايتان احداهما بالايجاب وهو أن يكون عذرا والاخرى بالسلب وهو أن لا يكون عذرا فحينئذ لا غبار فيه كما لا يخفى على الفطن (قوله وتأويل احداهما أن يشرط العمل بيده فيكون عذرا من جهته) أقول فيه أنه انما يكون عذرا من جهته أن لو ترك ذلك العمل اضطرارا بسبب حدوث مرض أو نحو ذلك وأما اذا تركه بالاختيار فلا يظهر وجه كونه عذرا من جهته والكلام ههنا في الترك الاختياري لان الترك الاضطراري انما يكون بسبب عذر مقرر وقد مر مسئلة جواز الفسخ بالاعذار رواية واحدة فذكر مسئلتنا هذه بعدها و بيان وقوع الروايتين فيها يدل على أن المراد بترك ذلك العمل في قوله ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هو الترك الاختياري لا غير فتأمل (قوله وتعذر رد الغراس لاتصالها بالارض) قال صاحب النهاية يعني لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما لشجر الغراس بل يكون تسليما لقطعة خشبة وهو ما شرط ذلك بل شرط تسليم الشجر بقوله على أن يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين فلما لم يكن تسليمها وهي نابتة وجب رد قيمتها انتهى واقتفى أثره في شرح هذا المحل على هذا المنوال صاحب معراج الدراية وصاحب العناية واعترض بعض الفضلاء على قولهم لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة حيث قال فيه بحث اذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر انتهى أقول منع ذلك مكابرة لان الشجر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة ما كان على ساق من نبات الارض فاذا قلع الغراس لم يصدق عليه هذا الحد فلا يطلق عليه لفظ الشجر فلا يكون تسليم المقلوع تسليما للشجر لا محالة بل يكون تسليما لقطعة خشبة كما قاله هؤلاء الشراح ثم ان قولهم كان المشروط تسليم الشجر لا تسليم قطعة خشبة مستدرك لا يجدي طائلا ههنا لان استحقاق الغارس للشجر ليس بمقتضى الشرط بل بكون الشجر ملكا له كما صرح به ولهذا يجب على رب الارض رد قيمة تمام الغراس مع كون المشروط أن يكون

(قوله فانه لو قلع الغراس وسلمها لم يكن تسليما للشجر بل يكون تسليما لقطعة خشبة ولم يكن مشروطا) أقول فيه بحث اذ لا نسلم أنه حينئذ لم يكن تسليما للشجر ولعل معنى كلام المصنف أن العامل لما غرسه بأمر رب الارض في أرضه صار كأن رب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله بأرضه مستهلكا له بالعلوق فيها فتعذر الرد لعدم امكان تخليصه من الارض بتمامه كالصبغ من الثوب (قوله بل المشروط تسليم الشجر بقوله الخ) أقول فيه بحث فان تسليم الشجر ليس بالشرط بل لانه كان ملكا للغارس

(وفى تخريجها طريق آخر ذكره المصنف رحمه الله فى كفاية المنتهى) وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لكونها معدومة عند العقد لا لكونه فى معنى قفيز الطحان قال المصنف رحمه الله (وهذا) يعنى المذكور فى الهداية (أصحهما) لانه نظير من استأجر صباغا ليصبغ ثوبه بصبغ نفسه على أن يكون نصف المصبوغ للصباغ فى أن الغراس آلة يجعل الارض بها بستانا كالصبغ للثوب فاذا فسدت الاجارة بقيت الآلة متصلة بملك صاحب الارض وهى متقومة فيلزمه قيمتها كما يجب على صاحب الثوب قيمة ما زاد الصبغ فى ثوبه وأجر عمله والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الذبائح ﴾

المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل فان الزراعة انما تكون باتلاف الحب فى الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك

واعلم أن العراقيين ذهبوا الى أن الذبح محظور عقلا ولكن الشرع أحله لان فيه اضرارا بالحيوان وقال شمس الائمة هذا عندى باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به أنه كان يأكل ذبائح المشركين لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام فعرفنا أنه كان يذبح و يصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه وأجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلى ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع باباحته و يقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه (قال ألم لهم والذكاة الذبح وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد لنهاية الشباب وذكا النار بالقصر لتمام اشتعالها ومعنى

وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى وهذا أصحهما والله أعلم

﴿ كتاب الذبائح ﴾

الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين تدبر ترشد (قوله وفى تخريجها طريق آخر بيناه فى كفاية المنتهى) يعنى وفى تخريج هذه المسئلة طريق آخر أى دليل آخر سوى ما ذكرناه فى كتابنا هذا من طريق قفيز الطحان بيناه أى بينا ذلك الطريق الآخر فى كفاية المنتهى قال كثير من الشراح فى تفسير ذلك الطريق وهو شراء رب الارض نصف الغراس من العامل بنصف أرضه أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج فكان عدم جواز هذا العقد لجهالة الغراس نصفها أو جميعها لا لاعتبار معنى الاستئجار الذى هو فى معنى قفيز الطحان انتهى أقول يرد على الصورة الثانية مما ذكروه وهى قولهم أو شراؤه جميع الغراس بنصف أرضه ونصف الخارج أنها لا تصلح لان تكون طريق تخريج هذه المسئلة لان وضع هذه المسئلة على أن يكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين وفى الصورة المذكورة يكون جميع الغراس لرب الارض فلا يتصور المناصفة فى الشجر

﴿ كتاب الذبائح ﴾

قال جمهور الشراح المناسبة بين المزارعة والذبائح كونهما اتلافا فى الحال للانتفاع فى المآل فان المزارعة انما تكون باتلاف الحب فى الارض للانتفاع بما ينبت منها والذبح اتلاف الحيوان بازهاق روحه فى الحال للانتفاع بلحمه بعد ذلك انتهى أقول يتجه على ظاهر ما ذكروه من المناسبة أنه انما يقتضى تعقيب المزارعة بالذبائح دون تعقيب المساقاة بالذبائح اذ لا اتلاف فى المساقاة والذى وقع فى ترتيب الكتاب تعقيب المساقاة بالذبائح لا تعقيب المزارعة بها فلا يتم التقريب اللهم الا أن يقال جعلوا المزارعة والمساقاة فى حكم شئ واحد بناء على اتحادهما فى أكثر الشرائط والاحكام كما تقرر فى مباحثهما فكانت المناسبة المذكورة بين المزارعة والذبائح بمنزلة المناسبة بين المساقاة والذبائح فاكتفوا بذلك وعن

(قوله أو شراؤه جميع الغراس) أقول منظور فيه اذ لا يمكن أن يكون طريق تخريج مسئلة الكتاب لان الغراس فيها بينهما

﴿ كتاب الذبائح ﴾

(قوله المناسبة بين المزارعة والذبائح الخ) أقول ينبغى أن يبين المناسبة بين الذبائح والمساقاة فانه ذكر بعد كتاب المساقاة و يقول فى كليهما اصلاح ما لا ينتفع به بالاكل فى الحال للانتفاع فى المآل (قوله لانهم كانوا يذبحون بأسماء الاصنام) أقول ولك أن تقول حرمة ما أهل به لغير الله تعالى علمت بالشرع فلا يمتنع أكل ذبائح المشركين قبل ورود الشرع بحرمتها (قوله يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب) أقول لفظة ما بمعنى الذى وقوله يأكل أى يأكله وقوله ذبائح خبر يكون والمعنى الذى كان يأكل رسول الله صلى الله عليه وسلم يجوز أن يكون ذبائح أهل الكتاب لا ذبائح المشركين

قال (الذكاة شرط حل الذبيحة)

هـذا ترى كثيرا من أصحاب معتبرات الفتاوى كالذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وغيرها كتفوا بذكر كتاب المزارعة وجعلوا المساقاة بابا منها وعنونوها بالمعاملة وذكر كل واحـدة من المزارعـة والمساقاة فى الكتاب بكتاب على حدة لا يدل على استبداد كل واحـدة منهما بذاتها واختصاصها بأحكامها بل يكفى جهة التغاير بينهما فى الجملة ألا ترى أنهم ذكروا الصرف بكتاب على حدة عقيب ذكرهـم كتاب البيوع مع أنه من أنواع البيوع قطعا كما صرحوا به ثم ان الذبائح جمع ذبيحة وهى اسم ما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج كذا فى الكافى والكفاية اعـلم أن بعض العراقيين من مشـايخنا ذهبوا الى أن الذبح محظور عقلا لما فيـه من ايلام الحيوان ولكن الشرع أحـله قال شمس الائمـة السرخسى فى المبسوط بعد نقل قولهم وهذا عندى باطل لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يتناول اللحم قبل مبعثه ولا يظن به انه كان يأكل ذبائح المشركين لانهـم كانوا يذبحون بأسماء الاصـنام فعرفنا أنه كان يذبح و يصطاد بنفسه وما كان يفعل ما كان محظورا عقلا كالكذب والظلم والسفه انتهى وقال فى العناية بعـد ذكر ذلك أجيب بأنه يجوز أن يكون ما كان يأكل ذبائح أهل الكتاب وليس الذبح كالكذب والظلم لان المحظور العقلى ضربان ما يقطع بتحريمه فلا يرد الشرع باباحته الا عند الضرورة وما فيـه نوع تجويز من حيث تصور منفعة فيجوز أن يرد الشرع باباحته و يقدم عليه قبله نظرا الى نفعه كالحجامة للاطفال وتداويهم بما فيه ألم لهم انتهى وقال العينى بعـد نقل ما قاله شمس الائمـة السرخسى والجواب المذكور فى العناية قلت كل من الكلامين لا يخلو عن نظر أما الاول فلانه يحتاج الى دليل على أنه كان يذبح بنفسـه قبـل البعثة وأما الثانى فكذلك يحتاج الى دليـل على أنه كان يأكل من ذبائح أهـل الكتاب فـلم لا يجوز أنه لم يكن يأكل شيأ من الذبيحة الا بعـد البعثة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان كون النبى صلى الله عليه وسـلم يتناول اللحم قبل البعثة أمر متواتر لا يحتاج الى دليل والدليل على أنه كان يذبح بنفسه عند شمس الائمة أن لا يظن به عليـه السـلام أنه كان يأكل ذبائح المشركين كما ذكره والمجيب يمنع ذلك بناء على جواز أنه كان يأكل ذبائح أهل الكتاب ولا يلزمه الدليل عليه ولا يحتاج اليه لكونه مانعا لا مستـدلا فلا محل لنظره أصلا (قوله قال الذكاة شرط حل الذبيحة) قال فى غاية البيان وهـذا وقع على خلاف وضع الكتاب لانه اذا ذكر لفظ قال فى أول المسـئلة كان يشـير به الى ما ذكر فى الجامع الصغير أو مختصر القدورى وهنا لم تقع الاشارة الى أحدهـما واهـذا لم يذكره فى البداية وكان ينبغى أن لا يورد لفظ قال أو يقول قال العبد الضعيف مشـيرا به الى نفسه انتهى وقال العينى بعـد نقل ذلك قلت هـذا تطويل بلا فائدة لانه ذكر فى مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمـار الفاعـل وأراد به نفسه فهـذا أيضا مثـله ولا يلزم تعيين الفـاعل ألا ترى أنه عند اسناد القول الى القدورى أو محمد بن الحسن لم يصرح بفاعله وكذلك عند اسناده الى نفسه ولا يخفى هـذا الا على من لم يميز مسائل القدورى من مسائل الجامع الصغير ومن لم يميز بينهما لم يستحق الخوض فى الهداية انتهى كلامه أقول الحق ما ذكر فى غاية البيان وقول العينى ذكر فى مواضع كثيرة من الكتاب لفظة قال باضمـار الفاعل وأراد به نفسه ان أراد به أنه ذكرها فى أول المسئلة فى مواضع كثيرة من الكتاب مشـيرا بها الى نفسـه فهو فرية بلا مرية فانه اذا ذكرها فى أول المسـئلة كان يشير بها الى ما ذكر فى الجامع الصغير أو مختصر القـدورى على الاطراد كما ذكره صاحب الغاية وان أراد بذلك أنه ذكرها فى غـير أول المسـئلة فى مواضع كثيرة من الكتاب مشيرا بها الى نفسـه فهو واقع ولكن اذا ذكرها فى مثـل تلك المواضـع كان يقول قال العبـد الضـعيف على ما وقـع فى النسخ القـديمة أو قال رضى الله عنـه على ما وقع فى النسخ الجديدة ولم يقع منه ذكـر لفظة قال وحـدها فى مثل تلك المواضع قط وهـذا غـير خاف على من له دراية بأساليب كلام المصـنف فالشـارح العيـنى مكابر فيما ذكره ههنا

قوله (الذكاة شرط حـل الذبيحة) الذبح شرط حـل أكل ما يؤكل لحـمه من الحيوان

لقوله تعالى الاماذ كيتم بعد قوله حرمت عليكم الميتة والدم الخ استثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا والمترتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا ولان غير المذكى ميتة وهى منصوص عليها بالحرمة ولان الدم حرام لنجاسته لما تلونا وهو غير متميز من اللحم وانما يتميز بالذكاة فلا بد منها ليتميز النجس من الطاهر ولا يلزم الجراد والسمك لان حلهما بلا ذبح ثبت بالنص وكما يثبت بالذبح الحل فى المأكول يثبت به الطهارة فى غيره لان الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنها قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها يعنى أنها اذا يبست من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب (وهى) يعنى الذكاة (اختيارية كالجرح فيما بين اللبة) وهى الصدر واللحيين واضطرارية وهو الجرح فى أى موضع كان من البدن قوله (والثانى كالبدل عن الاول) واضح وانما قال كالبدل لان الابدال تعرف بالنص ولم يرد فيه وقد وجدت أمارة البدلية فقال كالبدل (ومن شرطه) أى ومن شرط الذبح أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابى فانه يدعى ملة التوحيد وانما تحل ذبيحته اذا لم يذكر وقت الذبح اسم عزير والمسيح لقوله تعالى وما أهل به لغير الله ومن شرطه أن يكون حلالا خارج الحرم كما سيجىء قال (وذبيحة المسلم والكتابى حلال الخ) ذبيحة المسلم والكتابى ذميا

كان أو حربيا حلال اذا أتى به مذبوحا وأما اذا ذبح بالحضور فلا بد من الشرط المذكور وهو أن لا يذكر غير اسم الله تعالى (وقوله لما تلونا) اشارة الى قوله تعالى الاماذ كيتم ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام مخصوص لخروج الوثنى والمرتد والمجوسى فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم قال البخارى فى صحيحه قال ابن عباس رضى الله عنهما طعامهم ذبائحهم واستدل بعض على ذلك بأنه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة فان المجوسى اذا اصطاد سمكة حل أكلها وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على نفى ما عداه (ويحل اذا كان الذابح يعقل

شرط

التسمية) قيل يعنى يعقل لفظ التسمية وقيل يعقل أن حل الذبيحة بالتسمية (والذبيحة) يعنى يقدر على الذبح ويضبطه أى يعلم شرائط الذبح من فرى الاوداج والحلقوم (وان كان) أى الذابح (صبيا أو مجنونا) قال فى النهاية أى معتوها الا ان المجنون لا قصد له ولا بد منه لان التسمية

لقوله تعالى الاماذ كيتم ولان بها يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة فى المأكول وغيره فانها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام ذكاة الارض يبسها وهى اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهى الجرح فى أى موضع كان من البدن والثانى كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان الاول أعمل فى اخراج الدم والثانى أقصر فيه فاكتفى به عند العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابى وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال (وذبيحة المسلم والكتابى حلال) لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة

(قوله لقوله تعالى الاماذ كيتم) فان حكم ما بعد الاستثناء يخالف ما قبله وقد قال الله تعالى قبله حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره فاستثنى من الحرمة المذكى فيكون حلالا قال صاحب العناية والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا انتهى أقول ليس هذا الكلام منه بمعقول المعنى لان ثبوت الحل بالشرع مما لا ينافى كون الصفة المشتق منها التى هى الذكاة علة للحكم كما لا يخفى على ذى مسكة (قوله وذبيحة المسلم والكتابى حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) عنى بقوله لما تلونا قوله تعالى الاماذ كيتم وهو فى حق المسلم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم فى حق الكتابى من باب اللف والنشر كذا ذكره تاج الشريعة وهو الاحسن عندى أيضا فى بيان مراد المصنف هنا قال صاحب العناية وقوله لما تلونا اشارة الى قوله تعالى

(قوله والمرتب على المشتق معلول للصفة المشتق منها لكن لما كان الحل ثابتا بالشرع جعلت شرطا) أقول فيه بحث فان الثبوت بالشرع لا ينافى كون المشتق منه علة للحكم وذلك لا يخفى على أحد (قوله ولان غير المذكى ميتة الخ) أقول فيه بحث (قوله كما أن الذبيحة بالذكاة تطهر وتطيب) أقول فيه أن جعلها مشبها بها لا يلائم مرام المقام اذ المطلوب اثبات طهارتها (قوله كالكتابى فانه يدعى ملة التوحيد) أقول فيه شئ فان النصارى مثلثة فكيف يدعون ملة التوحيد (قوله ولما استشعر أن يقال الاماذ كيتم عام) أقول ويمكن أن يقال بل الذى استشعر أن يقال الخطاب فى ذكيتم للمؤمنين كالخطاب فى عليكم فلا يدل على حل ذبيحة غيرهم وما ذكره الشارح لا يخلو عن البعد اذ يكفى الظن فى أمثاله مع أنه مشترك لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه من ذبائحهم من الآية الثانية أيضا فتأمل (قوله فلا يكون قاطعا فى الافادة ضم اليه قوله تعالى الخ) أقول والحق أنه لا حاجة الى بيان العذر فان اثبات المطلوب بدلائل من الكتاب العزيز غير عزيز (قوله والذبيحة يعنى يقدر على الذبح) أقول فيكون الكلام من باب علفتها تبنا وماء باردا

شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر

الاماذكيتم ولما استشعر أن يقال الاماذكيتم عام مخصوص لخروج الوثني والمرتد والمجوسي فلا يكون قاطعا في الافادة ضم اليه قوله عز من قائل وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم الى هنا كلامه أقول فيه بحث أما أولا فلانا لا نسلم ان الخطاب في قوله تعالى الاماذكيتم عام للكفار بل الظاهر أنه مخصوص بالمؤمنين كما يدل عليه السياق والسباق في النظم الشريف ألا يرى أن ما قبله أول سورة المائدة وهو قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلي الصيد وأنتم حرم ولا شك أن الخطابات الواقعة هنا للمؤمنين خاصة ثم قال عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الاماذكيتم وقال القاضي البيضاوي وغيره من المفسرين ان قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الخ بيان لما يتلى عليكم فلا جرم يكون الخطاب في حرمت عليكم والاماذكيتم للمؤمنين خاصة أيضا فلا يكون مما يعم الوثني ونحوه ولئن سلم عمومه للوثني ونحوه أيضا فلا نسلم أنه من قبيل العام الذي خص منه البعض بل هو من قبيل العام الذي نسخ بعضه باخراج الوثني والمجوسي والمرتد من حكمه اذ قد تقرر في علم الاصول أن التخصيص عندنا انما يطلق على قصر العام على بعض ما يتناوله بما هو مستقل موصول بالعام وأن قصره على بعض ما يتناوله بما هو مستقل غير موصول به هو النسخ لا التخصيص وأن الذي لا يكون قطعيا انما هو العام الذي خص منه بعض ما يتناوله دون العام الذي نسخ بعض ما يتناوله فانه يكون قطعيا في الباقي بلا ريب ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثاني دون الاول لان الذي يخرج الوثني ونحوه غير موصول بقوله تعالى الاماذكيتم فكان قطعيا في الافادة ولئن سلم كونه ظنيا غير قاطع في الافادة فهو كاف في افادة المطلوب هنا بلا حاجة الى ضم شيء آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أيضا أن الدليل الظني يفيد وجوب العمل وان لم يفد وجوب الاعتقاد وما نحن فيه من العمليات وأما ثانيا فلان مثل ما ذكره صاحب العناية في قوله تعالى الاماذكيتم يتجه على الاستدلال بقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم بان يقال أيضا انه عام مخصوص لخروج ما لم يذكر اسم الله عليه فيقتضي أن يضم اليه أيضا دليل آخر وأما ثالثا فلان الضم المذكور انما يفيد في حق ذبيحة الكتابي دون ذبيحة المسلم لاختصاص الدليل المضموم بالكتابي فيلزم أن يبقى الدليل قاصرا عن افادة حل ذبيحة المسلم على مبنى زعم الشارح المزبور اللهم الا أن يدعى أن الدليل الثاني اذا أفاد حل ذبيحة الكتابي أفاد حل ذبيحة المسلم أيضا دلالة ثم ان المراد بالطعام في قوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب ذبائحهم قال البخاري في صحيحه قال ابن عباس طعامهم ذبائحهم واستدل صاحب الكافي وكثير من الشراح على ذلك بانه لو لم يحمل على ذلك لم يكن لتخصيص أهل الكتاب بالذكر فائدة اذ يستوي الكتابي وغيره فيما سوى الذبائح من الاطعمة فان المجوسي اذا اصطاد سمكة حل أكلها ورد عليهم صاحب العناية حيث قال بعد نقل استدلالهم المذكور وفيه نظر فان التخصيص باسم العلم لا يدل على النفي عما سواه اه أقول ليس ذلك بشيء اذ لا يخفى على الفطن أنه ليس مدار استدلالهم المذكور على أن التخصيص باسم العلم يدل على النفي عما سواه بل مرادهم كما ينادي عليه كلامهم أنه لو لم يحمل على ذلك لخلا تخصيص أهل الكتاب بالذكر في كلام رب العزة عن الفائدة تعالى عنه علوا كبيرا ولا يذهب عليك أن الاستدلال بهذا الوجه متمش على أصل من لا يقول بمفهوم المخالفة أيضا اذ لا يرضى أحد بخلو كلام الله تعالى عن الفائدة (قوله والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا) اختلف الشراح في تعيين مراد المصنف بقوله لما ذكرنا فقال صاحب النهاية وغاية البيان أراد به الآيتين المذكورتين وهما قوله تعالى الاماذكيتم وقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم لان الخطاب

شرط بالنص وهي بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا يعني قوله اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبطه والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا قيل أراد به الآيتين المذكورتين وفيه نظر لان عادته في مثله لما تلونا وقيل أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة وهذا ليس بمذكور في الكتاب والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته في مثله ذلك قيل انما ذكر الاقلف احترازا عن قول ابن عباس رضي الله عنهما فانه يقول شهادة الاقلف وذبيحته لا تجوز وقوله واطلاق الكتابي ينتظم كذا ظاهر وقوله (لان الشرط قيام الملة) فيه نظر لان وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط ويمكن أن يجاب عنه بأنه شرط في معنى العلة

(قوله ويمكن أن يجاب بانه شرط في معنى العلة) أقول ويجوز أن يجاب أيضا بانه لا مانع يتصور منه حل ذبيحته اذا أتى سائر الشرائط غير قضية الملة فاذا لم يكن مانعا أيضا يحل

قال (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم ولانه لا يدعى التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال (والمرتد) لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال (والوثنى) لانه لا يعتقد الملة قال (والمحرم) يعنى من الصيد (وكذا لا يؤكل ما ذبح فى الحرم من الصيد) والاطلاق فى المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح فى الحرم يستوى فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم تكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح فى الحرم غير الصيد صح لانه فعل مشروع اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال (وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل) وقال الشافعى أكل فى الوجهين وقال مالك لا يؤكل فى الوجهين والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازى والكلب وعند الرمى وهذا القول من الشافعى مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله فى حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم فى متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضى الله عنهما أنه يحرم ومن مذهب على وابن عباس رضى الله عنهم أنه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع

عام ورده صاحب العناية حيث قال بعد نقله وفيه نظر لان عادته فى مثله لما تلونا وقال تاج الشريعة أراد به قوله لان حل الذبيحة يعتمد الملة ورده أيضا صاحب العناية حيث قال بعد نقله أيضا وهذا ليس بمذكور فى الكتاب أقول يمكن أن يقال من جانب تاج الشريعة ان ذلك وان لم يكن مذكورا فى الكتاب صراحة الا أنه مذكور فيه ضمنا حيث قال فيما مر ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد ثم قال صاحب العناية والاولى أن يجعل اشارة الى الآية والى قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وعادته فى مثله ذلك انتهى أقول فيه نظر لان قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر انما يدل على كون الذكاة شرط حل الذبيحة ولا يدل على أن أهل الذبح من هو كيف وتميز الدم النجس من اللحم الطاهر يحصل بذبح الوثنى والمجوسى والمرتد أيضا مع أن أحدا منهم ليس بأهل للذبح قطعا وقول المصنف لما ذكرنا تعليل لاستواء الاقلف والمختون فى الاهلية للذبح فكيف يصلح أن يجعل اشارة الى ما لا دلالة فيه على ذلك أصلا وهو قوله ولان به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر ثم أقول هنا احتمال آخر أقرب مما ذكروا وهو أن يكون قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة فانه قد علم من ذلك أن مدار حل الذبيحة أن يكون الذابح ممن يعقل التسمية والذبيحة ويضبط ولا يخفى أن الاقلف والمختون لا يتفاوتان فى ذلك فكانا سواء فى حكم حل ذبيحتهما تدبر تفهم (قوله وان ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل وقال الشافعى تؤكل فى الوجهين وقال مالك لا تؤكل فى الوجهين) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا أو ناسيا قال الشافعى بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل انتهى أقول كانه حسب أنه أتى فى شرح هذا المحل بكلام مجمل جامع لاقسام المسئلة كلها لكنه أخل بحق المقام فى تحريره هذا أما أولا فلان قوله عند الذبح ينافى تعميم الذبح للاختيارى والاضطرارى كما يقتضيه قوله اختياريا كان أو اضطراريا لانهم صرحوا بأن كون التسمية عند الذبح انما تشترط فى الذكاة الاختيارية وأما فى الاضطرارية فيشترط كون التسمية عند الارسال والرمى لا غير وسيجىء ذلك فى الكتاب أيضا وأما ثانيا فلان قول المصنف والشارح المزبور أيضا فيما بعد وعلى هذا الخلاف اذا

وقوله (ولا تؤكل ذبيحة المجوسى) واضح قوله (بخلاف الكتابى اذا تحول الى غير دينه) يريد به من أديان أهل الكتاب أما اذا تمجس فلا تؤكل ذبيحته قال (وان ترك الذابح التسمية الخ) ان ترك الذابح التسمية عند الذبح اختياريا كان أو اضطراريا عامدا كان أو ناسيا قال الشافعى رحمه الله بشمول الجواز ومالك بشمول العدم وعلماؤنا رحمهم الله فصلوا ان تركها عامدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا أكل استدل الشافعى

بقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم سوى بين التسمية وعدمها والشرط لا يكون كذلك وبأن التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة فانها لما كانت شرطا لم تجز صلاة من نسي الطهارة لكنها سقطت بعذر النسيان سلمنا أنها شرط لكن الملة أقيمت مقامها كما في الناسي والجواب عن الحديث ما ذكره في الكتاب انه محمول على حالة النسيان دفعا للتعارض بينه وبين حديث عدي بن حاتم على ما نذكره وعن الاستدلال بانا لا نسلم الملازمة فانها تفضي الى التسوية بين العمد والنسيان والتسوية بين العمد والنسيان معهودة فيما اذا كان على الناسي هيئة مذكرة كالاكل في الصلاة والجماع في الاحرام وههنا ان لم تكن هيئة توجب النسيان وهي ما يحصل للذابح عند زهوق روح حيوان من تغير الحال فليس هيئة مذكرة بموجودة وللمانع أن يمنع بطلان التالي أيضا على مذهب مالك رحمه الله وعن التنزل بما ذكره في الكتاب يعني أن اقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل في حق العامد ولا عذر له وأما ما شنع به المصنف رحمه الله بكون ما ذهب اليه الشافعي رحمه الله مخالفا للاجماع فواضح واستدل مالك رحمه الله بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بأبلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل وهو أقرب لا محالة من مذهب الشافعي رحمه الله لانه مذهب ابن عمر رضي الله عنهما والجواب أنه غير مجرى على ظاهره اذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد (٥٥) وارتفع الخلاف في الصدر الاول لان ظاهر ما يدل عليه اللفظ لا يخفى على أهل اللسان وفي ذلك أيضا من الحرج ما لا يخفى اذ الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع بقوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج فيحمل على حالة العمد دفعا للتعارض ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ووجه الاستدلال أن السلف أجمعوا أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله (ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد) وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الاكل ناسيا مقام الامساك في الصوم لذلك ومجال الكلام في الآية واسع وقد قررناه في الانوار والتقرير (والاجماع وهو ما بيناه) يريد به ما ذكره في التشنيع بقوله فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا الخ (والسنة) وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه صلى الله عليه وسلم حين سأله عدي عما اذا وجد مع كلبه كلبا آخر قال لا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلاة ولو كانت شرطا فالملة أقيمت مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عليه السلام قال في آخره فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية

ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي ينافي تعميم الذبح في مسئلتنا هذه للاختياري والاضطراري اذ الظاهر أن القياس المستفاد من قوله وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي الى آخره يقتضي عدم دخول المقيس في جانب المقيس عليه (قوله له قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم) أقول فيه أن دليله هذا قاصر عن افادة تمام مدعاه لان المسلم والكتابي في ترك التسمية سواء كما مر آنفا وهذا الحديث انما ينتهض حجة في حق المسلم وحده (قوله ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم) قال في العناية وجه الاستدلال أن السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير وصلة على تدل على أن المراد به الذكر باللسان يقال ذكر عليه اذا ذكر باللسان وذكره اذا ذكر بالقلب وقوله ولا تأكلوا عام مؤكد بمن الاستغراقية التي تفيد التأكيد وتأكيد العام ينفي احتمال الخصوص فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان فانه من الشرع باقامة الملة مقام الذكر دفعا للحرج كما أقام الاكل ناسيا

(قوله المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم) أقول ظاهره اقامة الاسلام مقام التسمية (قوله دفعا للتعارض بينه وبين حديث الخ) أقول وأيضا لا يلزم تخصيص الكتاب بالخبر الواحد (قوله واستدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) أقول ظاهر كلامه يدل على أن المراد بقول المصنف ومالك احتج بظاهر ما ذكرناه هو الآية الكريمة فيخالف ما أسلفه في الدرس السابق أن عادته في مثله لما تلونا (قوله ووجه الاستدلال أن السلف) أقول يعني القرن الثالث والا فمذهب عطاء أنه لا يجوز أكل شئ ما دون ذكر اسم الله عليه أو المراد أكثر السلف وفيه ما فيه (قوله وهو النسيان فانه من الشرع) أقول الضمير في قوله فانه راجع الى النسيان

والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي لكنها في ذكاة
الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان

الطاعة بحسب الطاقة والمقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال وقد فرع على ذلك في الكتاب تفريعات وهي واضحة قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره الخ) المسائل المذكورة ظاهرة وقوله (ومحمد رسول الله بكسر الدال) يشير الى أنه لو قال غير مكسور لا يحرم قيل هذا اذا كان يعرف النحو وقال التمرتاشي ان خفضه لا يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه حل لانه كلام مبتدأ وان نصبه اختلفوا فيه فقال بعضهم على قياس ماروى عن محمد رحمه الله أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم وقوله (حتى لو قال عند الذبح) اشارة الى أنه لو قدمه أو أخره لا بأس به (ولو قال سبحان الله والحمد لله يريد التسمية حل بلا خلاف) والفرق لابي يوسف رحمه الله بين هذا وبين التكبير أن المأمور به ههنا الذكر قال الله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف أي قائمات صففن أيديهن وأرجلهن وهنالك التكبير وبهذه الالفاظ لا يكون مكبرا

ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد ولا عذر ومارواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى وأصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى شيأ غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان) وهذه ثلاث مسائل احداها أن يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول باسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا أنه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بأن يقول باسم الله واسم فلان أو يقول باسم الله وفلان أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله والثالثة أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع الذبيحة أو بعده وهذا لا بأس به لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد التسمية حل

مقام الامساك في الصوم لذلك انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان مقتضى قوله ان السلف أجمعوا على أن المراد به الذكر حال الذبح لا غير أن يكون قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه دالا على ان لا يؤكل المذبوح بالذبح الاضطراري أصلا لان ذكر اسم الله عليه انما يكون حال الارسال والرمي لا حال الذبح كما نصوا عليه فكان مما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح فلزم أن يدخل تحت النهي عن الاكل في الآية المذكور مع أن حل أكل المذبوح بالذبح الاضطراري اذا ذكر اسم الله عليه حال الارسال والرمي مجمع عليه بلا ريب وأما ثانيا فلان قوله الا أن الشرع جعل الناسي ذاكرا لعذر كان من جهته وهو النسيان ينافي قوله فيما قبل فهو غير محتمل للتخصيص فيعم كل ما لم يذكر اسم الله عليه حال الذبح عامدا كان أو ناسيا لان جعل الشرع الناسي ذاكرا لا يتصور بدون تخصيص الناسي من عموم قوله تعالى مما لم يذكر اسم الله عليه لما كان عامدا وناسيا وتخصيص الشيء مما هو غير محتمل للتخصيص غير متصور أيضا فتحقق التنافي بين الكلامين تأمل تقف (قوله ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا اذ لا فصل فيه) قال في غاية البيان أي لا فصل في ظاهر ماذكرنا من الآية لان قوله مما لم يذكر اسم الله عليه يشمل العمد والنسيان جميعا لعدم القيد بأحدهما انتهى وقال في العناية استدل مالك بظاهر قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فان فيه النهي بأبلغ وجه وهو تأكيده بمن الاستغراقية عن أكل متروك التسمية وهو باطلاقه يقتضي الحرمة من غير فصل انتهى أقول الظاهر مما ذكر في هذين الشرحين أن يكون مراد المصنف بقوله ماذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا هو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فيرد عليه ان يقال ان عادته في مثله أن يقول ماتلونا فما معنى المخالفة لها هنا وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الصفحة الاولى فالاظهر عندي أن يكون

(قوله فقال بعضهم على قياس ماروى عن محمد أنه لا يرى الخطأ في النحو معتبرا في باب الصلاة ونحوها لا يحرم) أقول اذ يجوز ولو أن يكون قصده افادة معنى المرفوع على ما هو المناسب لتحسين الظن بالمسلمين وحمل أمرهم على الصلاح لا المجرور والحرمة لا تثبت بالشك

(ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين) والفرق لأبي حنيفة رحمه الله بين هذا وبين الخطيب اذا عطس يوم الجمعة على المنبر فقال الحمد لله انه يجوز أن يصلي الجمعة بذلك القدر في احدى الروايتين عنه بان المأمور به هنالك ذكر الله مطلقا قال الله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وههنا الذكر على الذبح (والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله) وأتى بلفظ الجامع الصغير لان فيه بيانا ليس في رواية القدوري وذلك لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل على ما دل عليه لفظ الجامع الصغير والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الذكاة ما بين اللبة واللحيين وهو يقتضي جواز الذبح فوق الحلق قبل العقدة لانه وان كان قبل العقدة فهو بين اللبة واللحيين وهو دليل ظاهر للامام الرستغفني رحمه الله في حل ما بقي عقدة الحلقوم مما يلي الصدر ورواية المبسوط أيضا تساعده ولكن صرح في ذبائح الذخيرة أن الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم لا يحل وكذلك في فتاوى أهل سمرقند لانه ذبح في غير المذبح وهو مخالف لظاهر الحديث كما ترى ولان ما بين اللبة واللحيين مجمع العروق والمجرى فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه وكان حكم الكل سواء ولا معتبر بالعقدة قال (والعروق التي تقطع في الذكاة الخ) العروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمريء والودجان واختلف العلماء رحمهم الله في اشتراط ما يقطع منها للحل فذهب الشافعي رحمه الله الى الاكتفاء بالحلقوم والمريء وذهب مالك رحمه الله الى اشتراط قطع جميعها وذهب أبو يوسف رحمه الله الى اشتراط قطع الحلقوم والمريء وأحد الودجين رجع اليه بعدما كان قوله كقول أبي حنيفة رحمهما الله كما نذكره وذكر القدوري انه قول محمد أيضا وقال المصنف

المشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله ان هذا قول أبي يوسف وحده وذكر عن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد منها وهو رواية عن أبي حنيفة وأما أبو حنيفة فقد اكتفى بقطع الثلاث أيها كانت وهي ثلاثة أوجه وان قطع الجميع فهو أولى وهو وجه رابع والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت والفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة أنسب ولهذا قال بعد هذا لورود الامر بفريه احتج الشافعي رحمه الله بأنه جمع الاوداج وما ثمة الا الودجان فدل على أن المقصود بها ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمريء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمريء أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجراه واحتج مالك رحمه الله بظاهر دلالة اللفظ وبما يقتضيه

ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال (والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمريء والودجان) لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت

مراده بقوله ماذكرنا في قوله ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا مجموع ماذكره من الكتاب والسنة لا الكتاب وحده فلا يلزمه ترك عادته لان عادته أن يقول لما تلونا فيما اذا أراد الكتاب وحده وأن يقول لما روينا فيما اذا أراد السنة وحدها فلما أراد مجموعهما ههنا أتى بكلمة جامعة فقال ومالك يحتج بظاهر ماذكرنا يعني قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فحديث عدي بن حاتم الطائي اذ لا فصل في ظاهر كل منهما كما ترى (قوله لقوله عليه السلام أفر الاوداج بما شئت) قال تاج الشريعة الفري القطع للاصلاح والافراء القطع للافساد فيكون كسر الهمزة هنا أليق انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعناية غير أن صاحب الكفاية أتى بعين لفظه وأما صاحب العناية فذكر لفظ أنسب بدل لفظ أليق وقال ولهذا قال المصنف بعد هذا لورود الامر بفريه أقول فيما ذكره هؤلاء الشراح نظر لان صاحب القاموس عمم الفري والافراء للاصلاح والافساد بلا فرق بينهما حيث قال فراه يفريه شقه فاسدا أو صالحا كفراه وأفراه انتهى فعلى هذا لا يتم ماذكروه أصلا وأما صاحب المغرب فقد ذكر الفرق بينهما الا أنه جعل الذبح من قبيل الافراء دون الفري حيث قال عن أبي عبيد والفرق بين الافراء والفري أنه قطع للافساد وشق كما يفري الذابح والسبع والفري قطع للاصلاح كما يفري الخراز الاديم انتهى فعلى هذا لا يتم قولهم فيكون كسر الهمزة هنا أليق اذ لا شك أن الذبح اذا كان من قبيل الافراء دون الفري كان فتح الهمزة هنا هو الاليق والانسب ثم ان صاحب المغرب قال وقد جاء فرى بمعنى أفرى أيضا الا أنه لم يسمع به في الحديث انتهى فعلى هذا لا مجال لكسر الهمزة في الحديث لكونه غير مسموع فيه فضلا عن أن يكون أليق وأنسب وأما قول المصنف فيما بعد في أثناء تعليل قول محمد ولورود الامر بفريه فلعله جرى منه

(قوله لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق الخ) أقول فيكون المراد بالحلق في كلام القدوري مبدأه

فان الاوداج جمع وأقله ثلاثة فيتناول المرىء والودجين وقطع هذه الثلاثة بدون قطع الحلقوم متعذر فيثبت قطع الحلقوم بالاقتضاء
وجوابه سيجيء واحتج أبو يوسف رحمه الله بان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب أحدهما مناب الآخر

وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرىء الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها (وعندنا ان قطعها حل الاكل وان قطع أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة) وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله أن هذا قول أبي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير ان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع أكثر الاوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية فيه والحاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع الثلاث أي ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر أكثر كل فرد منها ولابي يوسف أن المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المرىء فانه مجرى العلف والماء والمرىء مجرى النفس فلا بد من قطعهما ولابي حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام

اذ كل منهما مجرى الدم أما الحلقوم فيخالف المرىء فان المرىء مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس ووقع في بعض النسخ بالعكس وليس بجيد فلا بد من قطعهما وهو قريب وجوابه سيجيء واحتج محمد رحمه الله بأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه والاكثر يقوم مقام الكل فيعتبر أكثر كل من الامور الاربعة وهو أقرب كما ترى واحتج أبو حنيفة رحمه الله بأن الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام وأي ثلاث قطعها فقد قطع الاكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو انهار الدم المسفوح والتوحية أي التعجيل في اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام وبهذا يحصل جواب أبي يوسف

على استعمال فرى بمعنى أفرى أيضا كما ذكر في المغرب ولا ينافيه عدم السماع به في الحديث لان ما ذكره فيما بعد لفظ نفسه لا لفظ الحديث أو اختيار منه لعدم الفرق بين الفري والافراء مطلقا كما ذكره في القاموس هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام (قوله وهي اسم جمع وأقله الثلاث فيتناول المرىء والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمرىء) قال في العناية احتج الشافعي بأنه جمع الاوداج وما تمه الا الودجان فدل على أن المقصود بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما أقول يرد على هذا الاحتجاج أنه لو كان المقصود به مجرد ما يحصل به زهوق الروح لكفى قطع واحد من الحلقوم والمرىء اذ الحيوان لا يعيش بعد قطع أحدهما أيضا كما لا يخفى وقد أفصح عنه المصنف في تقرير دليل أبي حنيفة فيما بعد حيث قال لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس أو الطعام مع أن الشافعي لم يقل بكفاية قطع أحدهما بل شرط قطعهما معا وقال في العناية بعد ذكر الاحتجاج المسفور وهو ضعيف لفظا ومعنى أما لفظا فلان الاوداج لا دلالة لها على الحلقوم والمرىء أصلا وأما معنى فلان المقصود اسالة الدم النجس وهوا انما يحصل بقطع مجراه انتهى أقول ما ذكره في وجه ضعفه لفظا ليس بسديد اذ قد ذكر في الاحتجاج المزبور وجه دلالة الاوداج على الحلقوم والمرىء بأنه جمع الاوداج وما تمه الا الودجان فدل على أن المقصود بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرىء فلا معنى بعد ذلك لمجرد نفي دلالتها عليهما بل لا بد من بيان محذور كما لا يخفى (قوله الا أنه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) قال بعض الفضلاء فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا باقتضائه انتهى أقول ليس هذا بشيء لان ما سيجيء من كلام المصنف في تعليل قول أبي حنيفة وان اقتضى حمل الاوداج على الاستغراق الا أنه لا يقتضي أن يكون الاستغراق من جهة واحدة كدلالة اللفظ عليه عبارة بل

(قال المصنف فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه) أقول فيه بحث لان المفهوم من كلام المصنف الذي سيذكره في تعليل أبي حنيفة حمل الاوداج على الاستغراق حيث بنى تعليله على قيام الاكثر مقام الكل فحينئذ يثبت قطع الحلقوم بتناول اللفظ لا بالاقتضاء (قال المصنف وما هو المقصود يحصل بها) أقول أي بقطعها على حذف مضاف (قال المصنف والتوحية) أقول أي التعجيل بالحاء المهملة (قال المصنف لانه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام) أقول لعل الواو بمعنى أو ويخرج (قوله وحصل بهذا جواب أبي يوسف) أقول انما يحصل جوابه اذا كان الواو في قوله والطعام بمعنى أو

وبقوله (ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب) جواب مالك رحمه الله لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك وقوله (بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق) قيل يعني أكثر المرخص فيه وهو الثلاثة فان الاثنين لما كانا باقيين كان أكثر المرخص باقيا فلا يحل وقيل لما كان جانب الحرمة مرجحا كان للنصف الباقي حكم

ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف لان الاكثر باق فكأنه لم يقطع شيأ احتياطا لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والسن والقرن اذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح) وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك

يجوز أن يتحقق الاستغراق بدلالة اللفظ على قطع الثلاثة عبارة وعلى قطع الرابع أيضا اقتضاء كما ذكره ههنا اذ لا شك أنه يحصل من المجموع استغراق العروق الاربعة كلها وان كان من جهتي الدلالة أعني العبارة والاقتضاء فلا تدافع بين كلامي المصنف كما توهم (قوله ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفي به تحرزا عن زيادة التعذيب) أقول لقائل أن يقول لو كان في قطع الودجين معا زيادة التعذيب وكان في الاكتفاء بقطع أحدهما تحرز عنها لما كان قطع العروق الاربعة جميعا في الذكاة أولى عند أبي حنيفة أيضا بل ينبغي أن يكون الاكتفاء بقطع أحد الودجين أولى فان تعذيب الحيوان بلا فائدة مما يجب الاحتراز عنه على ما تقرر في كثير من قواعد الفقه مع أنه صرح في الشروح وغيرها بأن قطع الجميع أولى عند أبي حنيفة أيضا فتأمل قال في العناية لا يقال الاوداج جمع دخل عليه الالف واللام وليس ثمة معهود فينصرف الى الواحد كما في قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك انتهى أقول ليس لهذا الايراد مساس بالكلام المذكور في العناية اذ لم يقل فيها ان الجمع حمل ههنا على الجنس حتى يمكن أن يورد عليه أن المعرف بالالف واللام انما يحمل على الجنس عند أرباب علم الاصول اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك بل قال فيها ان ما نحن فيه ليس أفراده حقيقة لان اطلاقه على غير الودجين بطريق التغليب والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك أي فيما يكون ما تحته من أفراده حقيقة فصار حاصله نفي جواز الحمل على الجنس ههنا فلا يتجه عليه الايراد المذكور أصلا (قوله وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة) أقول هذا الحديث لا يدل على تمام مدعى الشافعي بل يدل على خلاف مدعاه في البعض فان القرن أيضا داخل في المدعى مع أن الحديث المذكور لا يدل على عدم جواز أكل المذبوح بذلك بل يدل على جوازه حيث استثنى الظفر والسن فبقي ما عداهما في حكم المستثنى منه (قوله ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة) أقول فيه بحث لانه ان أراد بقوله أنه فعل غير مشروع أنه محرم فهو ممنوع عندنا بل هو أول المسئلة وان أراد بذلك أنه مكروه فهو مسلم ولكن لا نسلم أنه لا يكون ذكاة حينئذ بل هو أيضا أول المسئلة فانه مكروه عندنا ولكنه ذكاة يجوز أكل المذبوح به كما أفصح عنه المصنف بقوله حتى لا يكون بأكله بأس الا أنه يكره هذا الذبح فلم يخل هذا التعليل المذكور من قبل

الاكثر فكأنه لم يقطع شيأ وربما لوح الى هذا بقوله احتياطا لجانب الحرمة قال (ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن الخ) الذبح بالظفر والقرن والسن المنزوعة جائز مكروه وأكل الذبيح بها لا بأس به وقال الشافعي رحمه الله هو ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة استثناهما بالاطلاق عما يجوز أكله فيتناول الحرمة بالمنزوع والقائم ولان الذكاة فعل مشروع وانهار الدم بها مطلقا غير مشروع فلا يكون ذكاة كغير المنزوع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر الاوداج بما شئت وهو باطلاقه يقتضي الجواز بالمنزوع وغيره الا أنا تركنا غير المنزوع بما رواه الشافعي فان فيه دلالة على ذلك وهو قوله عليه السلام فانهما مدى الحبشة فانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض وهذا معنى قوله وما رواه محمول على غير المنزوع

(قوله وليس ثمة معهود) أقول قيل لا نسلم أنه ليس ثمة معهود فان العروق التي تقطع بالذبح معلوم معهود (قوله لان ما تحته ليس أفراده حقيقة والانصراف الى الجنس فيما يكون كذلك) أقول فيه بحث فانه انما يحمل على الجنس اذا تعذر حمله على الاستغراق وههنا ليس كذلك كما لا يخفى ثم قوله ليس أفراده أي ليس من أفراد مفرده وقوله حقيقة أي ليس من أفراده حقيقة لان هذا الجمع من باب التغليب

وقوله (ولانه آلة جارحة) جواب عن دليله المعقول وتقريره أنا لانسلم أن انهار الدم بالظفر والسن المنزوعين غير مشروع فانه أى كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود وهو اخراج الدم فصار كالليطة والحجر والحديد والسكين الكليل و باقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ نفسرها الليطة بكسر اللام قشر القصب والمروة الحجر الحاد (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لانه يقتل بالثقل فيكون فى معنى المنخنقة وقوله صلى الله عليه وسلم لقد أردت أن تميتها موتات قيل انما يكون ذلك اذا علم المقصود بالذبح أن التحديد لذبحه وليس كذلك لان المذبوح لاعقل له وهو مع كونه سوء أدب ساقط لان الوهم فى ذلك كاف وهو موجود فيه والعقل يحتاج اليه لمعرفة الكليات ومانحن فيه ليس منها والنخاع بالفتح والكسر والضم لغة فيه فسره المصنف بأنه عرق أبيض فى عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هى شرايين وأوتار وماثمة شئ يسمى بالخيط أصلا ثم ذكر المصنف رحمه الله الاصل الجامع فى افادة معنى الكراهة وهو كل مافيه زيادة ألم لايحتاج اليه فى الذكاة قال (وما استأنس من الصيد) قدمر أن الذبح الاضطرارى بدل عن الاختيارى فلا مصير الى الاول قبل العجز عن الثانى وهذا مخرج ماذكر فى الكتاب

ولانه آلة جارحة فيحصل به ماهو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لانه يقتل بالثقل فيكون فى معنى المنخنقة وانما يكره لان فيه استعمال جزء الآدمى ولان فيه اعسارا على الحيوان وقد أمرنا فيه بالاحسان قال (و يجوز الذبح بالليطة والمروة و كل شئ أنهر الدم الا السن القائم والظفر القائم) فان المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد فى الجامع الصغير على أنها ميتة لانه وجد فيه نصا ومالم يجد فيه نصا يحتاط فى ذلك فيقول فى الحل لابأس به وفى الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل قال (و يستحب أن يحد الذابح شفرته) لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لماروى عن النبى عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال (ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته) وفى بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة أما الكراهة فلماروى عن النبى عليه السلام انه نهى أن تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ماذكرناه وقيل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لان فى جميع ذلك وفى قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهى عنه والحاصل أن مافيه زيادة ايلام لايحتاج اليه فى الذكاة مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله الى المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعنى تسكن من الاضطراب وبعده لاألم فلا يكره النخع والسلخ الاأن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال (فان ذبح الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل) لتحقق الموت بماهو ذكاة ويكره لان فيه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها ثم قطع الاوداج (وان ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل) لوجود الموت بماليس بذكاة فيها قال (وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح) لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على مامر والعجز متحقق فى الوجه الثانى دون الاول (وكذا ماتردى من النعم فى بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار)

لشافعى عن المصادرة على المطلوب كما ترى (قوله والنخاع عرق أبيض فى عظم الرقبة) قال فى المغرب النخاع خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب والفتح والضم لغة فى الكسر ومن قال هو عرق فقد سها انما ذلك البخاع بالباء يكون فى القفا ومنه بخع الشاة اذا بلغ بالذبح ذلك الموضع فالبخع أبلغ من النخع انتهى وذكر صاحب النهاية ما فى المغرب بعينه غير أنه لم ينسبه الى المغرب فصاحب العناية كأنه حسب أن صاحب النهاية ذكر ماذكره هنا من عند نفسه حيث قال فسره المصنف بأنه عرق أبيض فى عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض فى جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق هى شرايين وأوتار وماثمة شئ يسمى بالخيط أصلا الى هنا لفظ العناية أقول الرد المذكور مردود لان ماذكره من العظام والاعصاب والعروق انما هو أعضاء مفردة لبدن الحيوان وله أعضاء أخر مفردة كالغضروف والرباط والغشاء واللحم والشحم وغير ذلك ومركبة تركيبا أوليا كالعضل أو ثانيا كالعين أو ثالثا كالوجه ثم الرأس مثلا على

لما

(قوله ورد بأن بدن الحيوان مركب الى قوله وماثم شئ يسمى بالخيط أصلا) أقول وفى القاموس النخاع مثلثة الخيط الابيض فى جوف الفقار ينحدر من الدماغ و يتشعب منه شعب

لمابينا وقال مالك لايحل بذكاة الاضطرار فى الوجهين لان ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وانا لانسلم الندرة بل هو غالب وفى الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة اذا ندت فى الصحراء فذكاتها العقر وان ندت فى المصر لاتحل بالعقر لانها لاتدفع عن نفسها فيمكن أخذها فى المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء فى البقر والبعير لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وان ندا فى المصر فيتحقق العجز والصيال كالند اذا كان لايقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله قال (والمستحب فى الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب فى البقر والغنم الذبح فان نحرهما جاز ويكره) أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها فى المنحر وفيهما فى المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهى لمعنى فى غيره فلا تمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك انه لايحل قال (ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة فوجد فى بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر) وهذا عند أبى حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعى لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل فى البيع الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزأ منها فالجرح فى الام ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما فى الصيد وله أنه أصل فى الحياة حتى تتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموى وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لايتحصل بجرح الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا فى حقه بخلاف الجرح فى الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل فى البيع تحريا للجوازه كى لايفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها كى لاينفصل من الحرة ولد رقيق

﴿فصل فيما يحل أكله وما لا يحل﴾ قال (ولا يجوز أكل ذى ناب من السباع ولا ذى مخلب من الطيور) لان النبى عليه السلام نهى عن أكل كل ذى مخلب من الطيور وكل ذى ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب

ما بين كله فى كتب الطب فان أراد بقوله وما ثمة شئ يسمى بالخيط أنه ما فى الاعضاء المفردة المخصوصة التى ذكرها شئ يسمى بالخيط فهو مسلم لكن لايجدى شيأ اذ لم يقل أحد بأن النخاع من تلك الاعضاء المخصوصة حتى يلزم من أن لايسمى شئ من تلك الاعضاء بالخيط أن لايكون النخاع خيطا وان أراد به أنه ما فى أعضاء بدن الحيوان وأجزائه مطلقا شئ يسمى بالخيط فهو ممنوع جدا كيف ولا شك أن النخاع من أجزائه وكتب اللغة مشحونة بتفسيره بالخيط منها المغرب كما ذكرناه فى صدر الكلام ومنها صحاح الجوهرى فانه قال فيه وهو الخيط الابيض الذى فى جوف الفقار ومنها القاموس فانه قال فيه والنخاع مثلثة الخيط الابيض فى جوف الفقار ينحدر من الدماغ ويتشعب منه شعب فى الجسم الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة

﴿فصل فيما يحل أكله وما لا يحل﴾ لما ذكر أحكام الذبائح شرع فى تفصيل المأكول منها وغير المأكول اذ المقصود الاصلى من شرعية الذبح التوصل الى الاكل وقدم الذبح لان وسيلة الشئ تقدم عليه فى الذكر (قوله وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ماله مخلب أو ناب) قال صاحب غاية البيان وهكذا قرر شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرح المبسوط

(وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لان ذكاة الاضطرار انما يصار اليه عند العجز (وقال مالك رحمه الله لايحل الاكل بذكاة الاضطرار فى الوجهين) يعنى ما توحش وما تردى لان ذلك نادر والنادر لاحكم له قلنا لانسلم الندرة ولئن كانت فالمعتبر حقيقة العجز وقد تحقق (وقوله وفى الكتاب) يريد به القدورى وكلامه واضح والنحر قطع العروق عند الصدر والذبح قطعها تحت اللحيين والمستحب فى الابل الاول وفى غيره الثانى والعكس يجوز ويكره لما ذكر فى الكتاب (وقوله لمعنى فى غيره) أى فى غير الذبح وهو ترك السنة (وقوله أشعر) معناه نبت شعره مثل أعشب المكان وكلامه واضح خلا أنه لم يجب عن الحديث الذى استدلا به لانه لايصلح للاستدلال لانه روى ذكاة أمه بالرفع والنصب فان كان منصوبا فلا اشكال أنه تشبيه وان كان مرفوعا فكذلك لانه أقوى فى التشبيه من الاول عرف ذلك فى علم البيان قيل ومما يدل على ذلك تقديم ذكاة الجنين كما فى قوله

وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

﴿فصل فيما يؤكل وما لا يؤكل﴾ ذكر هذا الفصل عقيب الذبائح لانه المقصود من الذبائح والوسيلة الى الشئ تقدم عليه فى الذكر وكلامه واضح وانما ذكر أوصاف السبع ليبنى على ذلك

قوله (كي لا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم) والفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم قال في المبسوط فالمراد بذي الخطفة ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي النهبة ما ينتهب بنابه من الارض كالاسد والذئب (قوله ويدخل فيه الضبع والثعلب) لان لهما نابا يقاتلان به فلا يؤكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما فان قيل يعارضه حديث جابر رضي الله عنه أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أيؤكل لحمه فقال نعم فقيل أشئ سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم (٦٢) فقال نعم فلا يكون حجة أجيب بأن حديثنا مشهور لا يعارضه حديث جابر ان صح وقد قيل انه كان في الابتداء ثم نسخ بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وابن عرس دويبة والرخم جمع رخمة وهو طائر أبلق يشبه النسر في الخلقة والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وأما الغراب الاسود والابقع فهو أنواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا يأكل الجيف وليس بمكروه ونوع منه لا يأكل الا الجيف وهو الذي سماه المصنف الابقع الذي يأكل الجيف وانه مكروه ونوع يخلط يأكل الحب مرة والجيف أخرى ولم يذكره في الكتاب وهو غير مكروه عند أبي حنيفة مكروه عند أبي يوسف (قوله وكذا الغداف) وهو غراب القيظ لا يؤكل وأصل ذلك أن ما يأكل الجيف فلحمه نبت من الحرام فيكون خبيثا عادة وما يأكل الحب لم يوجد ذلك فيه وما خلط كالدجاج والعقعق فلا بأس بأكله عند أبي حنيفة وهو الاصح لان النبي صلى الله عليه وسلم أكل الدجاجة وهي مما يخلط وقوله (أما الضبع فلما ذكرنا) يريد به قوله ويدخل فيه الضبع يعني أنه ذو ناب وهي

والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله أعلم كرامة بني آدم كي لا يعدو شئ من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف قال (ولا بأس بغراب الزرع) لانه يأكل الحب ولا يأكل الجيف وليس من سباع الطير قال (ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف وقال أبو حنيفة لا بأس بأكل العقعق) لانه يخلط فأشبه الدجاجة وعن أبي يوسف أنه يكره لان غالب أكله الجيف قال (ويكره أكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها) أما الضبع فلما ذكرنا وأما الضب فلان النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن أكله

ثم قال ولنا في هذا التقرير نظر لان الثقات من المحدثين رووا الحديث بأجمعهم بتقديم كل ذي ناب من السباع على كل ذي مخلب من الطيور فلا يتمشى هذا التقرير ولو صحت تلك الرواية فنمنع انصراف قوله من السباع الى النوعين جميعا لان قوله وكل ذي ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب انتهى أقول قوله لان قوله وكل ذي ناب أولى بالانصراف اليه لكونه أقرب ليس بتام لان كونه أقرب انما يقتضي أولوية انصرافه اليه من انصرافه الى أول النوعين لا الى النوعين جميعا ومدعى الشيخين انصرافه اليهما معا فلا يقدح فيه ما ذكره والوجه أن يقال بين النوع الاول بقوله من الطيور وهو يأبى أن يكون البيان المذكور في ذيل النوع الثاني وهو قوله من السباع مصروفا الى النوعين جميعا اذ المتبادر أن يكون كل من البيانين قيدا لما قرن به من أحد النوعين مذكورا بازاء الآخر فكيف يبنى الحكم الشرعي على ما هو خلاف المتبادر من الكلام فتدبر (قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة) قال الشراح الفرق بين الاختطاف والانتهاب أن الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع البهائم انتهى أقول فعلى هذا كان ينبغي للمصنف أن يقول والسبع كل مختطف أو منتهب الى آخر ما ذكره لان قوله والسبع كل مختطف منتهب يشعر باجتماع الاختطاف والانتهاب في كل سبع وذا لا يتصور على الفرق المذكور كما لا يخفى (قوله وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف) الرخم جمع رخمة وهو طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة يقال له الانوق كذا في الصحاح والبغاث طائر أبغث الى الغبرة دوين الرخمة بطئ الطيران كذا في الصحاح أيضا معزيا الى ابن السكيت وقال في القاموس البغاث مثلثة الاول طائر أغبر انتهى قال جمهور الشراح هنا البغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه وقال بعض منهم بعد ذلك كالعصافير ونحوها أقول هذا التفسير منهم لا يناسب ما في الكتاب أما أولا فلانه يتناول ما يؤكل لحمه أيضا كالعصافير فانها مما يؤكل لحمه بلا خلاف كما صرح به في أوائل كتاب الصيد والذبائح من فتاوى قاضيخان وأما ثانيا فلان كثيرا مما لا يصيد من صغار الطير وضعافه لا يأكل الجيف بل يأكل الحب كما لا يخفى فلو كان المراد بالبغاث المذكور في الكتاب ما فسروه به لزم

(قوله ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع البهائم) أقول قول المصنف كل مختطف منتهب يدل على وجودهما في كل سبع (قوله والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه الخ) أقول فيه بحث فانه يصدق على ما يؤكل لحمه أيضا كالعصفور (قوله ولم يذكره في الكتاب) أقول قال الزيلعي في شرح الكنز ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وهو العقعق فعلى هذا لا يصح قول الشارح ولم يذكره في الكتاب

(وقوله وهى حجة على الشافعى) يعنى نهى النبى صلى الله عليه وسلم وأنثه لتأنيث الخبر فان قيل يعارضه حديث ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومى فأجد نفسى تعافه فلا أحله ولا أحرمه وحديث ابن عباس رضى الله عنهما قال أكل الضب على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى الآكلين أبو بكر رضى الله عنه أجيب بأن الاصل ان الحاظر والمبيح اذا تعارضا يرجح الحاظر على أن المبيح مؤول بما قبل التحريم ولا تؤكل الحمر الاهلية لما ذكر فى الكتاب وذهب بشر المريسى الى اباحته ونقل ذلك عن مالك رحمه الله تشبثا بما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الآية وبحديث غالب بن أبجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالى الا حميرات فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك واستدلالا بحل أكل الوحشى وهو ضعيف أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر والدليل على ذلك حرمة الاشياء المحرمة الخارجة عن مدلولها وأما الحديث فلانه مؤول بأكل ثمنها وأما الاستدلال فلان من شرطه أن لا يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهى عن لحوم الحمر الاهلية قائم فبطل القياس قال (ويكره لحم الفرس عند أبى حنيفة رحمه الله الخ) كلامه واضح وقد اعترض على قوله والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

(قال المصنف وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) أقول قال العلامة الكاكى أى لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل الافراد انتهى وفيه بحث (قوله أما الآية فلجواز أن يكون قبل حرمة لحم الحمر) أقول والدليل عليه أن سورة الانعام مكية وفتح خيبر كان بعد الهجرة (قال المصنف ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها الخ) أقول قال القاضى فى تفسيره واستدل به على حرمة لحومها ولا دليل فيه اذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالبا ان لا يقصد منه غيره أصلا ويدل عليه أن الآية مكية وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الاهلية حرمت عام خيبر انتهى قال الكاكى فان قيل انما يستقيم هذا أن لو كان المقصود من النص الامتنان بمطلق النعمة أما لو كان المقصود الامتنان بالنعمة المخصوصة فلا يستقيم هذا ولئن سلمنا لكن لا نسلم أن منفعة الاكل والحمل فوق منفعة الركوب والزينة أما قوله منفعة الاكل يتعلق بها البقاء فى الجملة فسلم لكن غيره يسد مسده فيها وهو الغنم والبقر وغيرهما أما منفعة الركوب والزينة فى الخيل فلا يسد غيره مسده فان الركوب والزينة فى الخيل يحصل على الكمال حتى جعل له الشرع سهما من الغنيمة كالآدمى فحينئذ ترك الامتنان فى الخيل بالاكل لا يدل على حرمته كترك الامتنان بنعمة الدر والنسل والبيع وحمل الثقل قلنا وجه الامتنان لا يتعلق باختصاص هذه المنافع بهذه الاشياء بل يتعلق برجوع هذه المنافع الى العباد ومنفعة الاكل بالاضافة الى العباد فوق منفعة الركوب والزينة فى النعمة على أنا نقول ان الركوب والزينة لا يختص بهذه الاشياء بل يوجد فى غيرها وهو البقر والضأن والابل فلا يكون المقصود منها ذكر المنافع الخاصة بها ومنفعة الاكل فى الخيل فوق الركوب يتعلق البقاء به دون الركوب وأما قوله غيره يسد مسده فى تعلق البقاء قلنا ذلك لا يخرج كون منفعة الاكل فوق منفعة الركوب والزينة وأما منفعة البيع والحمل فقد ذكرها دلالة لانه متى ثبت كونه ركوبا منتفعا به فى ذاته ثبت أنه مال متقوم ومحل للبيع وفيه كلام لا يخفى

وهى حجة على الشافعى فى اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شئ وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال (ولا يجوز أكل الحمر الاهلية والبغال) لما روى خالد بن الوليد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن على رضى الله عنه أن النبى عليه السلام أهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال (ويكره لحم الفرس عند أبى حنيفة) وهو قول مالك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا بأس بأكله لحديث جابر رضى الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية وأذن فى لحوم الخيل يوم خيبر ولابى حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من أعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان بأعلى النعم

ان لا يتم قول المصنف لانهما يأكلان الجيف ثم وقع فى بعض كتب اللغة تفسير البغاث بما فسره الشراح به ههنا فانه قال فى ديوان الادب البغاث ما لا يصيد من الطير وقال فى المغرب البغاث ما لا يصيد من صغار الطير كالعصافير ونحوها وقال فى الصحاح قال الفراء بغاث الطير شرارها وما لا يصيد منها انتهى الا ان شيأ من ذلك لا يصلح أن يجعل تفسير الما فى الكتاب لما ذكرنا من الوجهين وانما التفسير المناسب لما فى الكتاب ما قدمناه مما ذكر فى الصحاح أولا معزيا الى ابن السكيت وما ذكره فى القاموس أيضا تبصر ترشد (قوله وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها) قال صاحب معراج الدراية

ويمتن بأدناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره أكله احتراماله ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد رضي الله عنه والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح وأما لبنه فقد قيل لا بأس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال (ولا بأس بأكل الارنب) لان النبي عليه السلام أكل منه حين أهدي اليه مشويا وأمر أصحابه رضي الله عنهم بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي قال (واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه الا الآدمي والخنزير) فان الذكاة لا تعمل فيهما أما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا يؤثر في اباحة اللحم أصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال (ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) وقال مالك وجماعة من أهل العلم باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي

أي لان الضب من الحشرات فاذا رتب الحكم على الجنس ينسحب على جميع أفراده كما اذا قال طبيب لمريض لا تأكل لحم البعير يتناول نهيه كل أفراده انتهى واقتفى أثره العيني أقول ليس ذلك بسديد لان الاستدلال على كراهة الحشرات كلها بكراهة الضب لكونه من تلك الحشرات انما هو من قبيل أن يترتب الحكم على فرد من أفراد الجنس فينسحب ذلك الحكم على سائر أفراد ذلك الجنس أيضا لا من قبيل أن يترتب الحكم على الجنس فينسحب ذلك الحكم على جميع أفراد ذلك الجنس أيضا كما توهمه ذانك الشارحان فالظاهر أن مراد المصنف هو أنه انما تكره الحشرات كلها لان الضب منها وقد ورد في كراهة أكله النص فيستدل بكراهة أكله على كراهة أكل سائر الحشرات أيضا بطريق القياس لاشتراك كلها في علة الكراهة ثم أقول ليت شعري لم وقع المصنف في هذا المضيق ولم يتشبث في اثبات كراهة أكل الحشرات كلها بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث والظاهر أن الحشرات كلها من الخبائث فحينئذ يتم الاستدلال بكراهة الضب على كراهة الحشرات كلها كما ذهب اليه (قوله ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول أصح) قال صاحب العناية في تعليل كون الاول أصح لانه روى أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم انتهى أقول فيه نظر لان هذا انما دل على كون الاول أصح أن لو كان المروي عن أبي حنيفة رحمه الله في هاتيك المسئلة منحصرا في لفظ أكرهه فكان بعضهم حمله على التحريم وبعضهم حمله على التنزيه وليس كذلك بل المروي عنه فيها لفظان أحدهما لا يعجبني أكله وبه أخذ من قال بكراهة التنزيه وثانيهما أكرهه وبه أخذ من قال بكراهة التحريم فمبنى اختلاف الفريقين اختلاف اللفظين المرويين عنه كما صرح به الشراح قاطبة حتى الشارح المزبور نفسه أيضا حيث قال متصلا بتعليله المذكور ومبنى اختلاف المشايخ في قول أبي حنيفة على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف اهـ تأمل (قوله لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل)

ويمتن بأدناها بأنه ترك ذكر الحمل عليه فينبغي أن لا يحل الحمل عليه وهو فاسد فان الكلام في أن ترك الاعلى النعم والذهاب الى ما دونه دليل حرمة الاعلى والحمل ليس كذلك وقوله (والاول) يعني كون الكراهة للتحريم (أصح) لانه روي أن أبا يوسف سأل أبا حنيفة رحمه الله اذا قلت في شئ أكرهه فما رأيك فيه قال التحريم ومبنى اختلاف المشايخ رحمهم الله في قول أبي حنيفة رحمه الله على اختلاف اللفظ المروي عنه فانه روي عنه رخص بعض العلماء في لحم الخيل فأما أنا فلا يعجبني أكله وهذا يلوح الى التنزيه وروي عنه أنه قال أكرهه وهو يدل على التحريم على ما روينا عن أبي يوسف رحمه الله (قوله ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك) واضح

والطافى اسم فاعل من طفا الشئ فوق الماء يطفو اذا علا والمراد من السمك الطافى الذى يموت فى الماء حتف أنفه من غير سبب فيعلو والجريث نوع من السمك والمارماهى كذلك وقوله (والحجة عليه ماروينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان الخ وقوله (وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى) منها أنه لو وجد فى بطن السمكة سمكة أخرى فانها تؤكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان قتلها طير الماء وغيره وكذلك ان ماتت فى حب ماء لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك ان جمعها فى حظيرة لا تستطيع الخروج منها وهو يقدر على أخذها بغير صيد فمتن فيها كذلك وان كانت لا تؤخذ بغير صيد فلا خير فى أكلها لانه لم يظهر لموتها سبب واذا ماتت السمكة فى الشبكة وهى لا تقدر على التخلص منها أو أكل شيأ ألقاه فى الماء لتأكل منه فماتت (٦٥) منه وذلك معلوم فلا بأس بأكلها وهو فى معنى ما انحسر عنه الماء وقال صلى الله عليه وسلم ما انحسر عنه الماء فكل وقوله (وفى الموت بالحر والبرد روايتان) احداهما أنها تؤكل لانه مات بسبب حادث فكان كما لو ألقاه الماء على اليبس والاخرى أنها لا تؤكل لان الحر والبرد صفتان من صفات الزمان وليستا من أسباب الموت فى الغالب وأطلق القدورى رحمه الله الروايتين ولم ينسبهما الا حدوذ كرشيخ الاسلام رحمه الله أنه على قول أبى حنيفة رحمه الله لا يحل وعلى قول محمد رحمه الله يحل والله سبحانه وتعالى أعلم

(كتاب الاضحية)

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان التضحية ذبح خاص والخاص بعد العام والاضحية فى اللغة اسم ما يذبح فى يوم الاضحى وهى أفعولة وكان أصله أضحوية اجتمعت الواو والياء وسبقت احداهما بالسكون فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء فى الياء وكسرت الحاء لتناسب الياء ويجمع على أضاحى بتشديد الياء قال الاصمعى وفيها أربع لغات أضحية بضم الهمزة وبكسرها وضحية بفتح الضاد على وزن فعيلة كهدية

لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك قلنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه السلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال قال (ويكره أكل الطافى منه) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ماروينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ماروى جابر رضى الله عنه عن النبى عليه السلام أنه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال (ولا بأس بأكل الجريث والمارماهى وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة) وقال مالك لا يحل الجراد الا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما فى سائره والحجة عليه ماروينا وسئل على رضى الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته وان مات حتف أنفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد فى الطافى ثم الاصل فى السمك عندنا أنه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافى وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى وعند التأمل يقف المتبحر عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل أكل ما أبين وما بقى لان موته بآفة وما أبين من الحى وان كان ميتا فميتته حلال وفى الموت بالحر والبرد روايتان والله أعلم

﴿كتاب الاضحية﴾

أقول الظاهر أن ضميرالهم راجع الى جميع من خالفنا فى هذه المسئلة على التفصيل المذكور اذ لم يذكر فيما بعد سوى دليل أئمتنا مع أن التمسك بهذه الآية على الوجه المذكور لا يتمشى على قول من قال منهم باستثناء الخنزير والكلب والانسان كما مر ذلك أيضا اذ على ذلك القول يلزم الفصل كما لا يخفى فتأمل (قوله ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث) أقول لا يذهب على الفطن أن هذا القدر من الاستدلال لا يفيد مدعى مالك والشافعى بدون المصير الى اطلاق ذلك الحديث أيضا للسمك الطافى وعند ذلك لا يظهر وجه جعله دليلا مستقلا كما هو مقتضى تحرير المصنف بل ينبغى أن يقال لاطلاق ماروينا واطلاق حديث حل ميتة البحر

﴿كتاب الاضحية﴾

أورد الاضحية عقيب الذبائح لان الاضحية ذبيحة خاصة والخاص بعد العام كذا قالوا أقول فيه

(قال المصنف وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر) أقول فيه بحث فان الظاهر أن اضافة ميتة البحر مثل اضافة قتلى الطف فى كونها اضافة الى المكان وجوابه ان مراده لا ما مات فيه بغير آفة توفيقا بين الروايتين

﴿كتاب الاضحية﴾

(قوله أورد الاضحية عقيب الذبائح لأن الخ) أقول الاولى أن يقول أورد الاضحية عقيب الذبائح لانها ذبيحة خاصة

وهدايا وأضحاة وجمعه أضحى كارطاة وأرطى وقال الفراء الاضحى يذكر ويؤنث وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها تستذكر فى أثناء الكلام وسببها الوقت وهو أيام النحر لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل فى اضافة الشئ الى الشئ أن يكون سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف فى الاصول ثم ان الاضحية تكررت بتكرر الوقت وهو ظاهر وقد أضيف السبب الى حكمه يقال يوم الاضحى فكان كقولهم يوم الجمعة ويوم العيد ولا نزاع فى سببية ذلك ومما يدل على سببية الوقت امتناع التقديم عليه كامتناع تقديم الصلاة على وقتها لا يقال لو كان الوقت سببا لوجب على الفقير لتحقق السبب لان الغنى شرط الوجوب والفرض عدمه

(٦٦)

وهى واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الزكاة

(قوله وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص) أقول فى معراج الدراية المراد من قول أصحابنا الاضحية واجبة التضحية أو على حذف المضاف كقوله تعالى الحج أشهر معلومات اذ الافعال توصف بالوجوب لا الاعيان ويحتمل أن يراد حقيقتها لان الاعيان توصف بالحرمة فتوصف بالوجوب أيضا انتهى وهذا الكلام منه بعد ما فسر الاضحية فى عرف الشرع بما ذكره هذا الشارح ففيه ما ترى ثم اعلم أنه لا بد فى التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف قال (قوله لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه) أقول باضافته اليه أو عكسه (قوله اذ الاصل فى اضافة الشئ الى الشئ أن يكون سببا) أقول أى أن يكون المضاف أو المضاف اليه (قوله حتى مضت أيام النحر ثم افتقر الخ) أقول فيه أن المشترى اذا كان فقيرا حين اشتراها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم فى دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس فى الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتأمل ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والا لم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر وسيقول انها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح فى أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة

مناقشة هى أنهم ان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى الوجود فهو ممنوع اذ قد تقرر عند المحققين أنه لا وجود للعام الا فى ضمن الخاص وان أرادوا أن الخاص يكون بعد العام فى التعقل فهو انما يكون اذا كان العام ذاتيا للخاص وكان الخاص معقولا بالكنه كما عرف وكون الامر كذلك فيما نحن فيه ممنوع ويمكن أن يقال تمييز الذاتى من العرضى انما يتعسر فى الحقائق النفس الامرية وأما فى الامور الوضعية والاعتبارية كما فيما نحن فيه فكل ما اعتبر داخلا فى مفهوم شئ يصير ذاتيا لذلك الشئ ويكون تصور ذلك الشئ بالامور الداخلة فى مفهومه تصورا له بالكنه ولا شك أن معنى الذبح داخل فى معنى الاضحية لغة وشريعة فيتوقف تعقلها على تعقل معنى الذبح فيتم التقريب على اختيار الشق الثانى تأمل تقف ثم ان بيان معنى الاضحية لغة وشريعة قد اختلفت فيه عبارات الشراح فقال صاحب النهاية أما لغة فالاضحية اسم شاة ونحوها تذبح فى يوم الاضحى انتهى أقول فيه نوع مخالفة لما ذكر فى مشاهير كتب اللغة من القاموس والصحاح وغيرهما فان المذكور فيها أن الاضحية شاة تذبح يوم الاضحى ولم يذكر فى واحد منها عموم الاضحية لشئ من غير الشاة كما يشعر به لفظ ونحوها فى عبارة صاحب النهاية وقال صاحب العناية ومعراج الدراية الاضحية فى اللغة اسم ما يذبح فى يوم الاضحى انتهى أقول فيه سماجة ظاهرة فانه يتناول كل ما يذبح فى يوم الاضحى من مثل الدجاجة والحمامة ونحوهما مما لا يطلق عليه لفظ الاضحية لا بحسب الشرع ولا بحسب اللغة وقال صاحبا الكافى والكفاية هى ما يضحى بها أى يذبح انتهى أقول فيه خلل بين فانه يتناول كل ما يذبح فى يوم الاضحى وغيره وانما هذا معنى الذبيحة مطلقا ولا شك أن الاضحية أخص منها ثم قال صاحب النهاية وأما شرعا فالاضحية اسم لحيوان مخصوص وهو الابل والبقر والضأن والمعز بسن مخصوص وهو الثنى فصاعدا من هذه الانواع الاربعة والجذع من الضأن تذبح بنية القربة فى يوم مخصوص وهو يوم الاضحى عند وجود شرائطها وسببها انتهى وقال صاحب العناية وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص وهو يوم الاضحى انتهى أقول يرد على ظاهره أن الاضحية فى الشريعة عبارة عما يذبح من حيوان مخصوص فى وقت مخصوص لا عن ذبح ذلك الحيوان فى ذلك الوقت فان هذا معنى التضحية لا معنى الاضحية وقد لوح اليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال هى فى الشريعة ما يذبح فى يوم الاضحى بنية القربة وقال فيما نقل عنه ومن قال عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص فانه لم يفرق بين الاضحية والتضحية انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بحمل الكلام على المسامحة بناء على ظهور المرام فيكون المراد بذبح حيوان مخصوص هو الحيوان المذبوح نفسه وهذا كما قيل فى تعريف

والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامتها املاك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الاملاك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما في صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحي ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعني التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير وأما حكمها فالخروج عن عهدة الواجب في الدنيا والوصول الى الثواب بفضل الله تعالى في العقبى قال (الاضحية واجبة الخ) كلامه واضح والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف رحمه الله وقيد بقوله في الوظائف المالية احترازا عن البدنية كالصلاة والصوم فانهما يختلفان فيها لان المسافر يلحقه المشقة في أدائها والعتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام ثم نسخ

قال (الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى عن نفسه وعن ولده الصغار) أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد سنة مؤكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيأ والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة

العلم بحصول صورة الشئ في العقل أن المراد منه هو الصورة الحاصلة في العقل على المسامحة كما حققه الشريف الجرجاني في عدة مواضع من تصانيفه وطعن بعض الفضلاء في التعريف الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال اعلم أنه لا بد في التعريف من قيد آخر وهو أن يقول بسن مخصوص لئلا ينتقض التعريف انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه أيضا بأن قوله حيوان مخصوص يغني عن ذلك القيد الآخر فان المراد بالمخصوص ما يعم المخصوص النوعي وهو الانواع الاربعة الابل والبقر والضأن والمعز والمخصوص السني أيضا وهو الثني فصاعدا من الانواع الاربعة المذكورة والجذع من الضأن وحده فلا ينتقض التعريف بشئ نعم لو فصله كما وقع في النهاية وغيرها لكان أظهر لكنه سلك مسلك الاجمال اعتمادا على ظهور تفصيل ذلك في تضاعيف المسائل الآتية ثم قال صاحب النهاية وأما شرائطها فنوعان شرائط الوجوب وشرائط الاداء أما شرائط الوجوب فاليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاسلام والوقت وهو أيام النحر حتى لو ولدت المرأة ولدا بعد أيام النحر لا تجب الاضحية لاجله ثم قال وأما شرائط الاداء فالوقت ولو ذهب الوقت تسقط الاضحية الا أن في حق المقيمين بالامصار يشترط شرط آخر وهو أن يكون بعد صلاة العيد ثم قال وأما سببها فهو المبهم في هذا الكتاب فان سبب وجوب الاضحية ووصف القدرة فيها بأنها ممكنة أو ميسرة لم يذكر لا في أصول الفقه ولا في فروعه أما الاول فأقول وبالله التوفيق ان سبب وجوب الاضحية الوقت وهو أيام النحر والغنى شرط الوجوب وانما قلنا ذلك لان السبب انما يعرف بنسبة الحكم اليه وتعلقه به اذ الاصل في اضافة الشئ الى الشئ أن يكون حادثا به سببا وكذا اذا لازمه فتكرر بتكرره كما عرف ثم ههنا تكرر وجوب الاضحية بتكرر الوقت ظاهر وكذلك الاضافة فانه يقال يوم الاضحى كما يقال يوم الجمعة ويوم العيد وان كان الاصل هو اضافة الحكم الى سببه كما في صلاة الظهر ولكن قد يضاف السبب الى حكمه كما في يوم الجمعة ومثل هذه الاضافة في الاضحية لم توجد في حق المال ألا يرى أنه لا يقال أضحية المال ولا مال الاضحية فلا يكون المال سببها انتهى أقول فيه نظر لان الوقت لما كان شرط وجوب الاضحية كما صرح به لم يبق مجال أن يكون سببا لوجوبها لان الشئ الواحد لا يصح أن يكون شرطا وسببا لشئ واحد آخر اذ قد تقرر في علم الاصول أن الشرط والسبب قسمان قد اعتبر في أحدهما ما ينافي الآخر فانه قد اعتبر في السبب أن يكون موصلا الى المسبب في الجملة وفي الشرط أن لا يكون موصلا الى المشروط أصلا بل كان وجود المشروط متوقفا عليه ومن الممتنع أن يكون شئ واحد موصلا الى شئ واحد آخر وأن لا يكون موصلا اليه في حالة واحدة لاقتضائه اجتماع النقيضين وعن هذا قالوا في الصلاة ان الوقت سبب لوجوبها وشرط لادائها فلم يلزم أن يكون سببا وشرطا بالنسبة الى شئ واحد (قوله الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الاضحى)

(قوله لان اشتراط النصاب لا ينافي وجوبها بالممكنة كما في صدقة الفطر) أقول للسائل أن ينقل الكلام الى صدقة الفطر فيحتاج الى جواب حاسم لمادة الاعتراض فليتأمل وفي شرح المنار للعلامة ابن فرشته وكذا النصاب ليس بشرط في صدقة الفطر لليسر بل ليصير الموصوف به أهلا للاغناء اذ الاغناء لا يتحقق من غير الغني الشرعي فان قلت المراد من الاغناء الاغناء عن المسألة وذلك لا يتوقف على الغنى الشرعي قلت ما دون الغنى الشرعي في حكم العدم لان من لم يتصف به يكون أهلا لاخذ صدقة الفطر فلا يكون أهلا لوجوبها للتنافي بينهما انتهى ثم اعلم أن تفصيل القدرة الممكنة والقدرة الميسرة في باب حسن المأمور به من كتب الاصول فراجعه

قال فى العناية أخذا من النهاية وهى واجبة بالقدرة الممكنة بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية فلو كانت بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا كما فى الزكاة والعشر والخراج حيث تسقط بهلاك النصاب والخارج واصطلام الزرع آفة لا يقال أدنى ما يتمكن به المرء من اقامتها ملك قيمة ما يصلح للاضحية ولم تجب الا بملك النصاب فدل أن وجوبها بالقدرة الميسرة لان اشتراط النصاب لا ينافى وجوبها بالممكنة كما فى صدقة الفطر وهذا لانها وظيفة مالية نظرا الى شرطها وهو الحرية فيشترط فيها الغنى كما فى صدقة الفطر لا يقال لو كان كذلك لوجب التمليك وليس كذلك لان القرب المالية قد تحصل بالاتلاف كالاعتاق والمضحى ان تصدق باللحم فقد حصل النوعان أعنى التمليك والاتلاف باراقة الدم وان لم يتصدق حصل الاخير الى هنا لفظ العناية واعترض بعض الفضلاء على قوله بدليل أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول يوم النحر ولم يضح حتى مضت أيام النحر الخ حيث قال فيه ان المشترى اذا كان فقيرا حين اشتراها لها ولم يضح حتى مضت الايام فكذا الحكم ففى دلالة ما ذكره على مطلوبه بحث اذ ليس فى الفقير قدرة لا ممكنة ولا ميسرة فذلك للاشتراء بنية الاضحية لا للقدرة فليتأمل انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ لا نزاع لاحد فى أن علة وجوب الاضحية على الموسر هى القدرة على النصاب وانما الكلام هنا فى أن القدرة التى تجب بها الاضحية على الموسر هل هى القدرة الممكنة أم القدرة الميسرة فاستدل صاحب النهاية على أنها هى القدرة الممكنة بمسئلة ذكرت فى فتاوى قاضيخان وهى أن الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى أول أيام النحر فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم افتقر كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها ولا تسقط عنه الاضحية واقتفى أثره صاحب العناية ولا شك فى استقامة هذا الاستدلال اذ لو كان وجوبها بالقدرة الميسرة لكان دوامها شرطا على ما تقرر فى علم الاصول ولا يضره اشتراك المعسر مع الموسر فى حكم تلك المسئلة وهو وجوب التصدق بعينها أو بقيمتها الا ان علة الوجوب فى المعسر هى الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به لا القدرة وعلته فى الموسر هى القدرة لا الاشتراء بنية الاضحية كما صرحوا به أيضا فبعد أن تقرر أن علته فى الموسر هى القدرة لا غير تكون تلك المسئلة دليلا واضحا على تعيين أن المراد بتلك القدرة هى الممكنة لا الميسرة على أن اشتراك المعسر مع الموسر فى حكم تلك المسئلة ممنوع اذ الواجب فى صورة ان كان المشترى معسرا هو التصدق بعينها حية لا غير بخلاف ان كان موسرا كما سيجئ فى الكتاب مفصلا وقال ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر اه أقول وليس هذا أيضا بشئ لان مراد المصنف هنالك فوات أداء الاضحية بمضى الوقت لا سقوطها بالكلية فى حق المقيم أيضا فان الاداء وهو تسليم عين الثابت بالامر يفوت بمضى الوقت فى الواجبات المؤقتة مطلقا لان الوقت شرط لادائها على ما عرف فى أصول الفقه وأما القضاء وهو تسليم مثل الواجب بالامر فلا يسقط بمضى الوقت وانما الفائت بمضيه شرف الوقت لا غير وهذا أيضا مما عرف فى أصول الفقه وقد تقرر فيه أيضا أن القضاء قد يكون بمثل معقول كالصلاة للصلاة وقد يكون بمثل غير معقول كالفدية للصوم وثواب النفقة للحج وعدوا الاضحية من القسم الثانى وقالوا ان أداءها فى وقتها باراقة الدم وقضاءها بعد مضى وقتها بالتصدق بعينها أو بقيمتها فقول ذلك البعض ثم ظاهر قول المصنف وتفوت بمضى الوقت يدل على أن وجوبها ليس بالقدرة الممكنة غير مسلم وقوله والالم تسقط وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر ليس بصحيح اذ لم يقل أحد بسقوطها بعد وجوبها حتى يصح قوله والالم تسقط ولم يقل أحد بصحة أداء المؤقتات بعد مضى وقتها حتى يصح قوله وكان عليه أن يضحى وان لم يشتر شاة فى يوم النحر فان التضحية اراقة الدم وهى انما تقبل فى وقت الاداء لا بعده وانما الذى يلزم بعده قضاؤها وهو انما يكون

ووجه

(قوله ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي أجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام قد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام وقوله (لان الاضافة للاختصاص) ظاهر وقوله (وهو) أي الاختصاص (بالوجود) لانه اذا لم يوجد فيه لا يكون متعلقا به فضلا عن الاختصاص (والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس) لجواز أن يجتمع الناس على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب واعترض بأن السنة أيضا تفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس لان الناس لا يجتمعون على ترك السنة وأجيب بأن الوجوب يفضي اليه لاستحقاق العقاب بتركه وقوله غير أن الاداء اختص بأسباب أي بشرائط يشق على المسافر استحضارها وهي تحصيل الشاة والاشتغال بذبحها في وقت معين وقد تعين له السفر قبل ذلك وفي ذلك مشقة والسفر مؤثر في التخفيف ألا ترى الى جواز التيمم عند زيادة ثمن الماء التي لا تبلغ قيمة الاضحية ولا عشرها فاولى أن يسقط عنه وجوب الاضحية وهو أقوى حرجا من زيادة ثمن الماء وقوله (والمراد بالارادة) جواب عما استدلوا به من قوله عليه الصلاة والسلام من أراد أن يضحي منكم فكان معنى قوله عليه الصلاة والسلام من أراد من قصد التضحية التي هي واجبة كقول من يقول من أراد الصلاة فليتوضأ وقوله (والعتيرة) جواب عما استشهدوا به

ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير أن الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة فيما روى والله أعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب

بالتصدق بعينها أو بقيمتها لا بغيره ثم قال ذلك البعض وسيقول المصنف انها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر انتهى وهذا كالصريح في أن المعتبر فيها هو القدرة الميسرة الى هنا كلامه أقول وهذا أيضا ساقط جدا لان الاضحية انما تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر لا بهلاكه بعد مضيها حتى لو افتقر بعد مضيها كان عليه أن يتصدق بعينها أو بقيمتها كما مر بيانه ووجه ذلك ما تقرر في علم الاصول من أن وجوب الاداء في المؤقتات التي يفضل الوقت عن أدائها كالصلاة ونحوها انما يثبت آخر الوقت اذ هناك يتوجه الخطاب حقيقة لانه في ذلك الآن يأثم بالترك لا قبله حتى اذا مات في الوقت لا شيء عليه والاضحية من هاتيك المؤقتات فتسقط بهلاك المال قبل مضي وقتها ولا تسقط بهلاكه بعد مضي وقتها لتقرر سبب وجوب أدائها اذ ذاك بل يلزم قضاؤها بالتصدق بعينها أو بقيمتها بخلاف الزكاة فانها من الواجبات المطلقة دون المؤقتة كما نص عليه في علم الاصول فتسقط بهلاك النصاب مطلقا أي في أي وقت كان لاعتبار القدرة الميسرة فيها ومن شرط تلك القدرة بقاؤها لبقاء الواجب لئلا ينقلب الى العسر كما عرف في أصول الفقه فلو كان المعتبر في الاضحية أيضا هو القدرة الميسرة لزم أن تسقط الاضحية أداء وقضاء بهلاك المال بعد أيام النحر أيضا لكون دوام القدرة الميسرة شرطا لا محالة ومراد المصنف بقوله المزبور بيان مشابهة الاضحية بالزكاة في مجرد سقوطها بهلاك المال في بعض الاحوال لا في السقوط بهلاكه في كل حال ومن البين فيه قوله من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب حيث قيد هلاك المال بكونه قبل مضي أيام النحر في سقوط الاضحية وأطلق هلاك النصاب في سقوط الزكاة والعجب أن هذا الفرق مع وضوحه كيف خفي على ذلك البعض حتى جعل كلام المصنف كالصريح في خلافه (قوله ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) اعترض عليه بقوله صلى الله عليه وسلم من ترك سنتي لم تنله شفاعتي وأجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا أو الترك أصلا فان ترك السنة أصلا حرام فقد تجب المقاتلة به لان فيه ترك الاذان ولا مقاتلة في غير الحرام كذا في العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول ذلك التأويل محتمل فيما نحن فيه من الحديث أيضا بأن يكون المراد بقوله عليه السلام ولم يضح هو ترك التضحية اعتقادا أو تركها أصلا فلا يتم الاستدلال به على الوجوب كما لا يخفى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام كتبت علي الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه السلام ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الاول بأن

(قال المصنف ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب) أقول يمكن أن يمنع ذلك كيف وقد قال صلى الله عليه وسلم من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا مع أن أكلهما ليس بمحرم فليتأمل (قوله أجيب بأنه محمول على الترك اعتقادا الخ) أقول فيه تأمل

وقوله (على ماقيل) يشير الى أن في تفسيرها اختلافا وقد ذكرنا ما يوافق تفسير المصنف وذكر في الايضاح أنها عبارة عما اذا ولدت الناقة أو الشاة وذبح أول ولدها فأكل وأطعم وهي منسوخة بالاضحية وعورض بقوله عليه الصلاة والسلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم وقوله عليه الصلاة والسلام ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم وبأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين مخافة أن يراها الناس واجبة وأجيب عن الاول بان المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني أنه مشترك الالزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين وقوله (وانما اختص الوجوب بالحرية) بيان للشروط المذكورة في أول الباب وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله غير أن الاداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله من وجد سعة ولم يضح الحديث وقوله (سنبين مقداره) أي مقدار الوقت وقوله (لا تجب عن ولده) يعني سواء كان صغيرا أو كبيرا اذا لم يكن له مال وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنها تجب عليه وقوله (والاصح أن يضحي من ماله) أي من مال الصغير (ويأكل) أي الصغير من الاضحية التي هي من ماله (ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه) كالغربال والمنخل كما في الجلد وهو اختيار شيخ الاسلام وهكذا قال روى ابن سماعة عن محمد رحمهم الله وقيل ذلك يصح في جلد الاضحية من غير خلاف أحد وأما في لحمها فليس له الا أن يطعم أو يأكل

على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة لما بينا واليسار لما روينا من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لانه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله وروى عنه أنه لا تجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة فطره وان كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم جميعا لان هذه القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعدها تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والاصح أن يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه

المكتوبة الفرض ونحن نقول بأنها غير فرض وانما هي واجبة وعن الثاني بأنه مشترك الالزام فان قوله ضحوا أمر وهو للوجوب وقوله فانها سنة أبيكم أي طريقته فالسنة هي الطريقة المسلوكة في الدين وعن الثالث بانهما كانا لا يضحيان في حالة الاعسار مخافة أن يراها الناس واجبة على المعسرين انتهى أقول في تقريره الجواب عن الثاني خلل فان القول بأنه مشترك الالزام ليس بصحيح لانه لما كان قوله ضحوا أمرا وكان الامر للوجوب وجاز أن تحمل السنة في قوله فانها سنة أبيكم على الطريقة المسلوكة في الدين وهي تعم الواجب أيضا تعين جانبنا ولم نشترك في الالزام قط فالصواب في تقرير الجواب عن الثاني ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وقوله ضحوا دليلنا لانه أمر فيفيد الوجوب وقوله فانها سنة أبيكم لا ينفي الوجوب لان السنة هي الطريقة في الدين واجبة كانت أو غير واجبة انتهى وأورد بعض الفضلاء على الجواب عن الاول حيث قال فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث كتبت علي وهن لكم تطوع الحديث انتهى أقول المقصود من الجواب المذكور دفع معارضة الخصم بقوله عليه السلام كتبت على الاضحية ولم تكتب عليكم ولا شك في اندفاع تلك المعارضة بالجواب المذكور وما ذكره ذلك البعض من رواية الدارقطني لا يقدح في تمام ذلك الجواب بالنظر الى ما هو المقصود منه وانما يكون ذلك معارضة أخرى لاصل المدعى ولعل جمهور الشراح انما لم يتعرضوا للجواب عنه أصالة لكونه ضعيفا غير صالح للمعارضة لما روينا لان الدارقطني أخرجه عن جابر الجعفي عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعا وجابر الجعفي ضعيف كما ذكره أهل الحديث وقال صاحب التنقيح وروي من طرق أخرى وهو ضعيف على كل حال انتهى (قوله وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به) أقول هنا شائبة مصادرة لان قوله وبالوقت عطف على قوله بالحرية في قوله وانما اختص

(قوله وأجيب عن الاول بأن المكتوبة الخ) أقول فيه بحث فانه روى الدارقطني باسناده عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما عن النبي عليه الصلاة والسلام قال ثلاث كتبت علي وهن لكم تطوع الحديث

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة) والقياس أن لا تجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة الا أنا تركناه بالاثر وهو ماروى عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله عليه السلام البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقى على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم أولى ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا تجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك تجوز عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لان اليسار له يؤيده ماروى على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع قال (ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه جاز استحسانا) وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد أمكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا قال (وليس على الفقير والمسافر أضحية) لما بينا وأبو بكر وعمر كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن على ليس على المسافر جمعة ولا أضحية

الوجوب بالحرية فيصير المعنى وانما اختص وجوب الاضحية بالوقت الذي هو يوم الاضحى لانها أي الاضحية مختصة به أي بذلك الوقت فيؤل الى تعليل الاختصاص بالاختصاص كما ترى لا يقال المذكور في العلة اختصاص الاضحية نفسها بذلك الوقت والمعتبر في المدعى اختصاص وجوب الاضحية فاللازم هنا تعليل اختصاص وجوب الاضحية بذلك الوقت باختصاص نفس الاضحية به ولا مصادرة فيه لانا نقول لا معنى لاختصاص الاضحية بذلك الوقت سوى اختصاص وجوبها به اذ لا شك في امكان عمل التضحية في جميع الاوقات فلا بد أن يكون المراد بقوله لانها مختصة به أن وجوبها مختص به فيلزم المحذور المذكور وكان صاحب الكافي تنبه لهذا حيث غير عبارة المصنف فيما قبل فقال بدل قوله وانما اختص الوجوب بالحرية الخ والتقييد بالحرية لانها قربة مالية مفتقرة الى الملك والحر هو المالك ثم قال والوقت لاختصاصها به فاللازم حينئذ تعليل التقييد بالوقت باختصاص الاضحية بذلك الوقت ولا مصادرة فيه فان قلت يجوز أن يكون مراد المصنف بقوله وانما اختص الوجوب بالحرية وانما اختصه القدوري في مختصره بالحرية على أن يكون كلمة اختص مبنيا للفاعل والوجوب مفعوله ويكون مراده هنا بقوله لانها مختصة به أنها مختصة به في الشرع فاللازم تعليل تخصيص القدوري وجوب الاضحية بالوقت باختصاص الاضحية في الشرع بذلك الوقت ولا مصادرة فيه قلت فحينئذ يصير معنى الكلام في هذا المقام بمنزلة اللغو فان المقصود بيان الاختصاص الشرعي وتعليل ذلك الاختصاص كما نعلله باختصاصه بالحرية وبالاسلام وبالاقامة وباليسار وعلى المعنى المذكور يلزم أن يكون المبين والمعلل هنا مجرد تخصيص القدوري وجوبها بالوقت بدون أن يبين ويعلل اختصاصه الشرعي بذلك الوقت بشئ

قال (ويذبح عن كل واحد منهم شاة) كلامه واضح قوله (وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز) كما اذا مات وترك امرأة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المرأة أقل من السبع فلم يجز نصيبها ولا نصيب الابن أيضا وقوله (يجوز في الاصح) احتراز عن قول بعض المشايخ رحمهم الله انه لا يجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية واذا لم يجز البعض لم يجز الباقي ووجه الاصح ماذكره في الكتاب وبه أخذ الفقيه أبو الليث والصدر الشهيد رحمهما الله وقوله (الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد) بأن يكون مع أحدهما بعض اللحم مع الاكارع ومع الآخر البعض مع الجلد صرفا للجنس الى خلاف الجنس وقوله (اعتبارا بالبيع) لان في القسمة معنى التمليك فلم يجز مجازفة عند وجود القدر والجنس وقوله (وقد أمكن) يعني دفع الحرج لان بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به بأس وقوله (لما بينا) أراد به قوله لانه أعدها للقربة فيمتنع عن بيعها الى آخره

(قوله ولهذا لو اشترى أضحية ثم باعها واشترى مثلها لم يكن به بأس) أقول فيه بحث

قال (ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلى الامام العيد فأما أهل السواد فيذبحون بعد الفجر) والاصل فيه قوله عليه السلام من ذبح شاة قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية غير أن هذا الشرط فى حق من عليه الصلاة وهو المصرى دون أهل السواد لان التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلاة ولا معنى للتأخير فى حق القروى ولا صلاة عليه ومارويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام ثم المعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر ولو كان على العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصرى اذا أراد التعجيل أن يبعث بها الى خارج المصر فيضحى بها كما طلع الفجر لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة بهلاك النصاب فيعتبر فى الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

أصلا ولا يخفى ما فيه (قوله ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا أنه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلى الامام العيد) قال صاحب النهاية وهذه العبارة تشير الى ما ذكره فى المبسوط بقوله ومن ضحى قبل الصلاة فى المصر لا يجزيه لعدم الشرط لا لعدم الوقت أقول فى هذا اشكال لان الحديثين اللذين ذكرهما المصنف فيما بعد وجعلهما الاصل فى هذه المسئلة وكذا سائر الاحاديث الواردة فى بيان وقت جواز التضحية لا يدل شئ منها على دخول وقت الاضحية بطلوع الفجر من يوم النحر فى حق أهل الامصار بل يدل ظاهر كل منها على أن أول وقتها فى حق من عليه الصلاة بعد الصلاة فمن أين أخذ دخول وقتها بطلوع الفجر من يوم النحر فى حق أهل الامصار أيضا وعلى تقدير أن يتحقق المأخذ لذلك فالاشكال باق لانه اذا لم تتأد الاضحية بالذبح بعد طلوع الفجر من يوم النحر قبل الصلاة فى حق أهل الامصار بل لم يمكن أداؤها قبل الصلاة فى حقهم لعدم تحقق الشرط فما معنى جعل ذلك الوقت قبل الصلاة من يوم النحر وقتا للاضحية فى حق أهل الامصار أيضا وما ثمرة ذلك والظاهر أن ثمرة كون وقت ما وقت الواجب صحة أداء ذلك الواجب فى ذلك الوقت ولا أقل من امكان أدائه فيه فتأمل ثم ان صاحب الوقاية قال فى تحريره هذه المسئلة وأول وقتها بعد الصلاة ان ذبح فى مصر وبعد طلوع فجر يوم النحر ان ذبح فى غيره وآخره قبيل غروب اليوم الثالث انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فى متنه وأول وقتها بعد طلوع فجر يوم النحر وآخره قبيل غروب اليوم الثالث وشرط تقديم الصلاة عليها ان ذبح فى مصر وان ذبح فى غيره لا وقال فيما نقل عنه فى الحاشية هذا من المواضع التى أخطأ فيها تاج الشريعة حيث زعم أن أول وقتها يختلف بحسب مكان الفعل ولم يتنبه له تاج الشريعة انتهى كلامه أقول لا خطأ فى كلام تاج الشريعة أصلا فان مراده بقوله وأول وقتها أول وقت أدائها الا أول وقت وجوبها ولا شك أنه اذا كان تقديم الصلاة عليها شرطا فى حق أهل الامصار كان أول وقت أدائها فى حقهم بعد الصلاة وان كان أول وقت وجوبها بعد طلوع الفجر من يوم النحر ويؤيده جدا عبارة الامام قاضيخان فى فتاواه حيث قال ووقت الاداء لمن كان فى المصر بعد فراغ الامام عن صلاة العيد انتهى (قوله ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم) قال الشراح قوله أجزأه استحسانا يشير الى أنه لا يجزئه قياسا وذلك لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز ذلك فانه قبل الصلاة من وجه وبعد الصلاة

وقوله (ومارويناه حجة على مالك والشافعى رحمهما الله) اشارة الى قوله ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين فانه باطلاقه يتناول ما قبل نحر الامام وما بعده وقوله (ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد) معناه أن يخرج الامام بالناس الى الجبانة ويستخلف من يصلى بالضعفة فى الجامع هكذا فعله على رضى الله عنه حين قدم الكوفة وقوله (أجزأه استحسانا) يشير الى أنه لا يجوز قياسا لان اعتبار جانب أهل الجبانة يمنع الجواز واعتبار جانب أهل المسجد يجوز وفى العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره فى الكتاب وقوله (وقيل هو جائز) أى العكس جائز قياسا واستحسانا والفرق أن المسنون فى العيد هو الخروج الى الجبانة وأهل الجبانة هم الاصل وقد صلوا فيجوز قياسا واستحسانا

قال

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام الخ) كلامه واضح قوله (ويجوز الذبح في لياليها) أي في ليالي أيام النحر المراد بها الليلتان المتوسطتان لا غير فلا تدخل الليلة الاولى وهي ليلة العاشر من ذي الحجة ولا ليلة الرابع عشر من يوم النحر لان وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر على ما ذكر في الكتاب وهو اليوم العاشر ويفوت بغروب الشمس من اليوم الثاني عشر فلا يجوز في ليلة النحر البتة لوقوعها قبل وقتها ولا في ليلة التشريق المحض لخروجه وانما جازت في الليل لان الليالي تبع للايام وأما الكراهة فلما ذكره في الكتاب وقوله (والتضحية فيها) أي في أيام النحر (أفضل من التصدق بثمن الاضحية) أما في حق الموسر

قال (وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) وقال الشافعي ثلاثة أيام بعده لقوله عليه السلام أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه سماعا لان الرأي لا يهتدي الى المقادير وفي الاخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الاقل وأفضلها أولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى أداء القربة وهو الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا أنه يكره لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل يمضي بأربعة أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليه ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقي (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر) لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

من وجه فوقع الشك وفي العبادات يؤخذ بالاحتياط ووجه الاستحسان ما ذكره في الكتاب انتهى أقول ههنا بحث وهو أن ما ذكره في الكتاب من وجه الاستحسان لا يدفع وجه القياس الذي ذكروه لان كون صلاة أهل المسجد صلاة معتبرة لا ينافي كون صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة كيف وقول المصنف وكذا على هذا عكسه صريح في أن صلاة أهل الجبانة أيضا صلاة معتبرة والالم يجز العكس فاذا كانت كلتا الصلاتين معتبرة وقع الشك في جواز التضحية بعد احدى الصلاتين قبل الاخرى واقتضى الاخذ بالاحتياط في العبادات عدم جوازها فلم يتم وجه الاستحسان الذي ذكره في الكتاب في مقابلة وجه القياس الذي ذكروه فكيف يترك به القياس كما هو مقتضى جواب مسئلة الكتاب (قوله وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده) أقول لقائل أن يقول ان قوله ويومان بعده يشعر بأنهما ليسا من أيام النحر لان معناه ويومان بعد يوم النحر والظاهر أن ما كان بعد يوم النحر ليس بيوم النحر وقد قال فيما بعد أيام النحر ثلاثة والجواب أن المراد بقوله يوم النحر هو يوم النحر المحض واليومان اللذان بعده ليسا بنحر محض وانما هما نحر وتشريق كما سيأتي في الكتاب والتحقيق أن يوم النحر بالافراد صار بمنزلة العلم لليوم الاول من أيام النحر وهو يوم العيد وأما أيام النحر بالجمع فيتناول يوم العيد واليومين اللذين بعده على السوية فلا تدافع بين الكلامين في المقامين تبصر ترشد (قوله ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشترى الاضحية تصدق بها حية) قال في معراج الدراية قيد الايجاب على نفسه غير مفيد لانه لو كان واجبا بدون الايجاب على نفسه فالحكم كذلك انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان الحكم ههنا

فلانها تقع واجبة في ظاهر الرواية أو سنة في أحد قولي أبي يوسف رحمه الله والتصدق بالثمن تطوع محض ولا شك في أفضلية الواجب أو السنة على التطوع وأما في حق المعسر فلان فيها جمعا بين التقرب باراقة الدم والتصدق والاراقة قربة تفوت بفوات هذه الايام ولا شك أن الجمع بين القربتين أفضل وهذا الدليل يشمل الغني والفقير وتشبيهه بالصلاة والطواف ظاهر فان الطواف في حق الآفاقي لفواته أفضل من صلاة التطوع التي لا تفوت بخلاف المكي فان الصلاة في حقه أفضل (ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر ان كان أوجب على نفسه) بأن عين شاة فقال لله علي أن أضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب فقيرا أو غنيا (أو كان) المضحي (فقيرا وقد اشترى شاة بنية الاضحية تصدق بها حية وان كان) من لم يضح (غنيا) ولم يوجب على نفسه شاة بعينها (تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لانها واجبة على الغني) عينها أو لم يعينها (وعلى الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا

(قوله ولا شك أن الجمع بين القربتين) أقول لا يوافق المشروح اذ لا تعرض فيه للجمع بين القربتين فانه يصلح دليلا مستقلا من غير اعتبار فواته بفوات الايام ثم لا يستقيم تشبيهه بالطواف كما لا يخفى (قوله وجب التصدق بالعين) أقول لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغني الغير الموجب كما لا يخفى

فاذافات الوقت وجب عليه التصدق اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء والعرجاء التى لا تمشى الى المنسك ولا العجفاء) لقوله عليه السلام لا تجزئ فى الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى قال (ولا تجزئ مقطوعة الاذن والذنب) أما الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والاذن أى اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن قال (ولا التى ذهب أكثر أذنها وذنبها وان بقى أكثر الاذن والذنب جاز) لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى مقدار الاكثر ففى الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين أو الالية الثلث أو أقل أجزأه وان كان أكثر لم يجزه لان الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكمال على مامر فى الصلاة ويروى الثلث لقوله عليه السلام فى حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد اذا بقى الاكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم فى الصلاة وهو اختيار الفقيه أبى الليث وقال أبو يوسف

هو التصدق بها حية وليس الحكم كذلك فيما لو كان واجبا دون الايجاب على نفسه فان الحكم هنالك هو التصدق بقيمتها لا التصدق بعينها حية كما أفصح عنه المصنف بقوله وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر (قوله فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل فاذا فات وقت التقرب بالاراقة والحق مستحق وجب التصدق بالعين أو القيمة اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس خلاف جنس الاداء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله وجب التصدق بالعين لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم ومراد المصنف التصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب كما لا يخفى انتهى أقول ذاك ساقط اذ لا نسلم أنه لا يلائم الاعتبار بالجمعة والصوم لان الاعتبار بهما من حيث ان القضاء بغير المثل كما نبه عليه صاحب العناية بقوله والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس خلاف جنس الاداء ولا يذهب على ذى فطنة أن هذا المعنى متحقق فى التصدق بالعين أيضا لان الواجب عليه فى الاداء اراقة الدم والتصدق ليس من جنس الاراقة سواء كان بالقيمة أو بالعين ثم ان كون مراد المصنف بالتصدق فى قوله فاذا فات الوقت وجب عليه التصدق هو التصدق بالقيمة للغنى الغير الموجب وحده كما زعمه ذلك البعض مما لا يناسب شأن المصنف جدا اذ يلزم حينئذ أن يترك بيان وجه المسئلة فيما اذا كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا وقد اشتراها بنية الاضحية فيكون ذلك تقصيرا منه فى افادة حق المقام بلا ضرورة وحاشى له من ذلك فالحق أن مراده بالتصدق المذكور ما يعم التصدق بالعين وبالقيمة كما أشار اليه صاحب العناية بقوله وجب التصدق بالعين أو القيمة (قوله ولا يضحى بالعمياء والعوراء الخ) قال صاحب النهاية لما ذكر ما يجوز به الاضحية شرع فى بيان ما لا يجوز به الاضحية انتهى أقول هذا ليس بسديد اذ لا يذهب عليك أنه لم يذكر فيما قبل ما يجوز به الاضحية وانما ذكره فيما بعد بقوله ويجوز أن يضحى بالجماء والخصى والثولاء الى آخره والذى ذكره فيما قبل انما هو صفة الاضحية من الوجوب أو السنية وشرائطها من الحرية والاسلام ونحوهما ومن وجبت عليه الاضحية وعدد من يذبح عنه كل من الشاة والبقرة والبدنة وأول وقت الاضحية وعدد أيامها وما يتعلق بكل واحد من هاتيك الامور من الفروع والاحكام كما حققه من قبل ولعل صاحب العناية تداركه حيث قال فى شرح هذا المقام هذا بيان ما لا يجوز التضحية به ولم يتعرض لذكر ما يجوز التضحية به (قوله واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى مقدار الاكثر الخ) أقول تطبيق هذه

فاذافات وقت التقرب بالاراقة) والحق (٧٤) مستحق (وجب التصدق) بالعين أو القيمة (اخراجاله عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية) والجامع بينهما من حيث ان قضاء ما وجب عليه فى الاداء بجنس خلاف جنس الاداء قال (ولا يضحى بالعمياء والعوراء) هذا بيان ما لا يجوز التضحية به والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان قلما ينجو عن يسير العيب واليسير ما لا أثر له فى لحمها والعور أثر فى ذلك لانه لا يبصر بعين واحدة من العلف ما يبصر بعينين وقلة العلف تورث الهزال والحديث المذكور دال على ذلك والعرجاء البين عرجها هى ما لا يمكنها المشى برجلها العرجاء وانما تمشى بثلاث قوائم حتى لو كانت تضع الرابعة على الارض وتستعين بها جاز والعجفاء التى لا تنقى هى التى ليس لها نقى أى مخ من شدة العجف وبقية كلامه واضح

(قوله والحديث المذكور دال على ذلك) أقول أشار بذلك الى قوله والاصل فيه أن العيب الفاحش مانع الخ (قال المصنف وان قطع من الذنب أو الاذن أو العين) أقول اطلاق القطع بالعين لعله بطريق التغليب (قال المصنف فاعتبر كثيرا) أقول الذى يعطى له حكم الكل هو الاكثر لا الكثير فلا يتم التقريب

قوله (وقيل معناه قولي قريب من قولك) أي قولي الاول وهو أن الاكثر من الثلث مانع لا مادونه أقرب الى قولك الذي هو أن الاكثر من النصف اذا بقي أجزأه بالنسبة الى قول من يقول ان الربع أو الثلث مانع وفي كون النصف مانعا عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان وقد تقدم وجه ذلك في الكشاف العضو في أول الكتاب وقوله (لان القرن لا يتعلق به مقصود) ألا ترى أن التضحية بالابل جائزة ولا قرن له والكبش الاملح ما فيه ملحة وهي بياض يشوبه شعيرات سود والوجء نوع من الخصاء وهو أن ترض العروق من غير اخراج الخصيتين وقوله (فتعينت) يعني هذه الشاة المشتراة للاضحية وقوله (كما في نصاب الزكاة) فانه اذا نقص بعد ما وجبت الزكاة فيه يسقط بقدره ولا يضمنه رب المال لان النقصان لم يكن بفعله والجامع بينهما أن محل الوجوب فيهما جميعا المال لا الذمة فاذا هلك المال سقط الوجوب (وعن هذا الاصل) يعني كون الوجوب على الغني بالشرع لا بالشراء وعلى الفقير بالعكس وقوله (وعلى الفقير ذبحهما) لان الوجوب عليه بالشراء وقد تعدد وهذا الذي ذكره من الاصل يوافق ما ذكره شيخ الاسلام رحمه الله ان المشتري اذا كان موسرا لا تصير واجبة بالشراء بنية الاضحية باتفاق الروايات وان كان معسرا ففي ظاهر الرواية عن أصحابنا رحمهم الله تجب وروى الزعفراني عن أصحابنا أنها لا تجب وهو رواية النوادر وقوله (فانكسرت رجلها) من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه اذا أصابها مانع غير الانكسار بالاضطراب حالة الاضجاع للذبح كان الحكم كذلك وانما قيد الاجزاء بالاستحسان لان وجه القياس بخلافه لان تأدي الواجب بالتضحية لا بالاضجاع وهي معيبة عندها فصار كالو كانت كذلك قبله وقوله (لانه حصل بمقدمات الذبح) دليل محمد ودليل أبي يوسف رحمهما الله أن الفور لما انقطع خرج الفعل الذي تعينت به من أن يكون سببا من أسباب هذا الذبح الذي وجد بعد الفور فصار بمنزلة ما حصل بفعل آخر

أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو وعن أبي يوسف ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يوما أو يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته من موضع أعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان أعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال (ويجوز أن يضحى بالجماء) وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا (والخصي) لان لحمها أطيب وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوأين (والثولاء) وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود أما اذا كانت لا تعتلف فلا تجزئه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن أبي يوسف أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لان مقطوع أكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن أولى (وهذا) الذي ذكرنا (اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان فقيرا تجزئه هذه) لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما (ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت رجلها فذبحها أجزأه استحسانا) عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتبارا وحكما (وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف) لانه حصل بمقدمات الذبح

الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله على عبارة مسئلة الكتاب مشكل لان عبارتها أكثر أنها وذنبها بصيغة التفضيل والاضافة الى الاذن والذنب وهي تقتضي أن يكون الجزء الباقي منهما أقل وهذا غير متحقق في شيء من هذه الروايات عنه أما في رواية الربع ورواية الثلث فظاهر اذ لا شك أن الربع ليس بأكثر من ثلاثة أرباع ولا الثلث بأكثر من الثلثين وأما في رواية الاكثر من الثلث فلان الاكثر من الثلث اذلم يجاوز النصف لم يصر أكثر الكل وفي رواية الاكثر من الثلث عنه لم يشترط تجاوز النصف ولا الوصول الى النصف بل اعتبر الزيادة على الثلث في الجملة فلم يلزم في عدم الاجزاء على هذه الرواية أيضا ذهاب أكثر الاذن والذنب فكيف يربط قوله واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في مقدار الاكثر بما قبله من مسئلة الكتاب فان قلت ليس المراد بالاكثر في عبارة مسئلة

(قوله من باب ذكر الخاص وارادة العام فانه الخ) أقول فيه أنه لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه لانه يعلم حكم سائر العيوب المانعة بطريق المقايسة

قال (والاضحية من الابل والبقر الخ) كلامه واضح وقيدبقوله فى مذهب الفقهاء لان عند أهل اللغة الجذع من الشياه ماتمت لها سنة كذا فى النهاية وقوله لانها هى الاصل فى التبعية لانه جزؤها ولهذا يتبعها فى الرق والحرية وهذا لان المنفصل من الفحل هو الماء وانه غير محل لهذا الحكم والمنفصل من الام هو الحيوان وهو محل له فاعتبر بها قوله (لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة) لان النص ورد على خلاف القياس فى ذلك فان قيل النص ورد فى الاضحية فكيف جوزتم مع اختلاف جهات القرب كالاضحية والقران والمتعة قلنا اعتمد على ذلك زفر ولم يجوز عند اختلافها لكنا نقول اذا كانت الجهات قربا اتحد معناها من حيث كونها قربة فجاز الالحاق بخلاف ما اذا كان بعضها غير قربة فانه ليس فى معناها واذا بطل فى ذلك بطل فى الباقى لعدم التجزى وقوله (لما بينا انه قربة) يشير الى وجه الاستحسان وفى القياس لا يجوز لان الاراقة لا تتجزأ وبعض الاراقة وقع نفلا أولها فصار الكل كذلك ولم يعكس لان الواجب قد ينقلب تطوعا بخلاف العكس والاراقة قد تصير للحم مع نية القربة اذا لم تصادف محلها أو كانت فى غير وقت الاضحية والاراقة للحم لا تصير قربة بحال قال (ويأكل من لحم الاضحية الخ) الاضحية اما أن تكون منذورة أولا فان كان الثانى فالحكم ماذكره فى الكتاب وان كان الاول فليس لصاحبها أن يأكل من لحمها ولا أن يطعم الاغنياء لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولو أكل فعليه قيمة ما أكل لما

قال (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية بغيرها من النبى عليه السلام ولا من الصحابة رضى الله عنهم قال (ويجزئ من ذلك كله الثنى فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ) لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ماتمت له ستة أشهر فى مذهب الفقهاء وذكر الزعفرانى أنه ابن سبعة أشهر والثنى منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل فى البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلى والوحشى يتبع الام لانها هى الاصل فى التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال (واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم أجزأهم وان كان شريك الستة نصرانيا أو رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة ألا ترى أن النبى عليه السلام ضحى عن أمته على ماروينا من قبل ولم يوجد فى الوجه الثانى لان النصرانى ليس من أهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة لا تتجزأ فى حق القربة لم يقع الكل أيضا فامتنع الجواز وهذا الذى ذكره استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبى يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت (فلو ذبحوها عن صغير فى الورثة أو أم ولد جاز) لما بينا أنه قربة (ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم) لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال (ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر) لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن أكل لحوم الاضاحى فكلوا منها وادخروا ومتى جاز أكله وهو غنى جاز أن يؤكله غنيا قال (ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث) لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار

الكتاب معنى التفضيل بل هو بمعنى الكثير كما يرشد اليه قول المصنف فى بيان وجه رواية الاكثر من الثلث وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وقوله فى بيان وجه رواية الثلث لقوله عليه السلام فى حديث الوصية الثلث والثلث كثير ثم ليس المراد بالكثير أيضا الكثير بالاضافة الى الجزء الباقى والا يعود المحذور بل المراد به الكثير فى نفسه والاضافة الى الاذن والذنب لمجرد بيان محل الكثرة فحينئذ يمكن تطبيق كل من الروايات المذكورة على عبارة مسئلة الكتاب قلت شرط استعمال صيغة التفضيل مجردة عن معنى التفضيل أن تكون عارية عن اللام والاضافة ومن كما تقرر فى موضعه وفى عبارة مسئلة الكتاب وقعت مضافة فلا يصح تجريدها عن معنى التفضيل على قاعدة العربية ولئن أغمضنا عن ذلك لا يصح تعليل المصنف تلك المسئلة بقوله لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا على تقدير أن يحمل الاكثر على الكثير المطلق اذ لو كان للكثير مطلقا حكم الكل بقاء وذهابا لزم أن يعتبر الاذن والذنب باقيا وذاهبا فى حالة واحدة فيما اذا كان كل واحد من الباقى والذاهب منهما كثيرا فى نفسه كما اذا ذهب ربعهما أو ثلثهما أو أكثر من ثلثهما فى الجملة على ما وقع فى الروايات المذكورة فيلزم جمع الحكمين المتضادين تأمل تقف (قوله ويستحب أن لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات

للمار و يناوالاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا قال (ويتصدق بجلدها) لانه جزء منها (أو يعمل منه آلة تستعمل فى البيت) كالنطع والجراب والغربال ونحوها الا ان الانتفاع به غير محرم (ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه فى البيت مع بقائه) استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير) اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد فى الصحيح فلو باع الجلد أو اللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهة البيع أما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم قال (ولا يعطى أجرة الجزار من الاضحية) لقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيئا والنهى عنه نهى عن البيع أيضا لانه فى معنى البيع قال (ويكره أن يجز صوف أضحيته و ينتفع به قبل أن يذبحها) لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه أقيمت القربة بها كما فى الهدى و يكره أن يحلب لبنها فينتفع به كما فى الصوف قال (والافضل أن يذبح أضحيته بيده ان كان يحسن الذبح) وان كان لا يحسنه فالافضل أن يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغى أن يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضى الله عنها قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال (ويكره أن يذبحها الكتابى) لانه عمل هو قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا أمر المجوسى لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا قال (واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر أجزأ عنهما ولا ضمان عليهما) وهذا استحسان وأصل هذا أن من ذبح أضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزئه عن الاضحية فى القياس وهو قول زفر وفى الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح لتعينها للاضحية

ثلاثة الاكل والادخار لمار وينا والاطعام لقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها أثلاثا أقول لقائل أن يقول الامر المطلق للوجوب عند أكثر العلماء كما تقرر فى علم الاصول فالظاهر من قوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر وجوب الاطعام والمدعى استحبابه فليتأمل فى الجواب (قوله ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه فى البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل) أقول لقائل أن يقول انه تعليل فى مقابلة النص وهو قوله عليه السلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له فانه يتناول باطلاقه بيع الجلد بما ينتفع بعينه مع بقائه أيضا والتعليل فى مقابلة النص غير مقبول على ما تقرر فى أصول الفقه فليتأمل فى الدفع (قوله ولا يشترى به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه أنه تصرف على قصد التمول) أقول فيه بحث أما أولا فلان اعتبار ذلك بالبيع بالدراهم غير واضح فان الدراهم مما لا ينتفع بعينها أصلا أى لا مع بقائها ولا بعد استهلاكها وانما هى وسيلة محضة فالمقصود منها التمول لا غير بخلاف مثل الخل والابازير فانه مما ينتفع به وان كان ذلك بعد استهلاكه فجاز أن يكون المقصود منه الانتفاع دون التمول والانتفاع بنفس جلد الاضحية غير محرم فكذا ببدله وأما ثانيا فلان عدم جواز بيع جلد الاضحية بالدراهم انما ثبت بخلاف القياس على ما نص عليه صاحب غاية البيان فانه بعد أن بين وجه الاستحسان فى جواز بيعه بما ينتفع بعينه مع بقائه بأنه جاز له الانتفاع بالجلد فجاز له الانتفاع بالبدل لان البدل له حكم المبدل قال فكان القياس أن يجوز بيع الجلد بالدراهم أيضا الا أنا تركنا القياس بقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه ولا تعط أجر الجزار منها فاذا أعطى أجر الجزار منها يصير بائع اللحم والجلد بالدراهم وقد ثبت المنع عنه بخلاف القياس فلا يقاس

وقوله (لمار وينا) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام فكلوا منها وادخروا والقانع هو السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر هو الذى يتعرض للسؤال ولا يسأل وقوله (كالخل) بالخاء المعجمة والمهملة (والابازير) التوابل جمع أبزار بالفتح وقوله (فى الصحيح) احترازا عما قيل انه ليس فى اللحم الا الاكل والاطعام فلو باع بشئ ينتفع به بعينه لا يجوز والصحيح ما قال شيخ الاسلام ان اللحم بمنزلة الجلد ان باعه بشئ ينتفع به بعينه جاز وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس بلبسه وقوله (لان القربة انتقلت الى بدله) لان تملك البدل من حيث التمول ساقط فلم يبق الا جهة القربة وسبيلها التصدق وقوله (لانه فى معنى البيع) لان كل واحد عقد معاوضة قوله (من دمها كل ذنب) تمام الحديث أما انه يجاء بدمها ولحمها فيوضع فى ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه هذا لآل محمد خاصة أم لآل محمد والمسلمين عامة فقال عليه الصلاة والسلام لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة وقوله

حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون أهلا للذبح آذناله دلالة لانها تفوت بمضى هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهى أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم فى القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو جعل الحنطة فى الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها الى نفسه أو حمل على دابته فسقط فى الطريق فأوقد هو النار فيه وطبخه أو ساق الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل على دابته ماسقط فعطبت لا يكون ضامنا فى هذه الصور كلها استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول فى مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير اذنه صريحا فهى خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخة من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة فاذا كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو أطعمه فى الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله فى الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه (ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته)

عليه غيره انتهى واذا كان كذلك فكيف يتم قياس عدم جواز بيع الجلد بمثل الخل والابازير على عدم جواز بيعه بالدراهم كما يقتضيه قول المصنف اعتبارا بالبيع بالدراهم وقد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس فالاظهر أن يترك القياس على البيع بالدراهم فى تعليل هذه المسئلة ويقال فى تعليلها الانه لا يصلح أن يكون بدلا عن عين الجلد قائما مقامه لعدم الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد فلم يكن حكمه كحكم عين الجلد بخلاف ما ينتفع بعينه مع بقائه كما مر وقد أشار اليه صاحب البدائع حيث قال وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى وكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم أو الدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى انتهى (قوله فصار كما لو باع أضحيته) قال جماعة من الشراح فى بيان معنى هذا الكلام يعنى أنه لو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله انتهى أقول قد تكلموا فى بيان مراد المصنف بقوله المذكور جدا حيث جعلوه لصورتين فزادوا فى الصورة الاولى اشترى غيرها بثمنها واعتبروا التصدق فى تلك الصورة فى بعض الثمن دون كله وزادوا فى الصورة الثانية مضى أيام النحر وليس فى كلام المصنف هذا ما يدل على شئ من ذلك وليس فى المقام ما يقتضى شيأ منها كما لا يخفى مع أن الامر فى معنى هذا الكلام على طرف الثمام بحمله على حذف مضاف أى كما لو باع لحم أضحيته فيكون المراد به الاشارة الى مامر فى الكتاب من قوله ولو باع الجلد واللحم بالدراهم أو بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه تدبر (قوله ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ماذكرناه) قال فى العناية وقوله ومن أتلف لحم أضحية غيره متصل بقوله وان تشاحا يعنى ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ماذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه انتهى أقول ليس هذا

(حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر) أى فيما اذا كان المضحى فقيرا (ويكره أن يبدل بها غيرها) أى فيما اذا كان غنيا قال صاحب النهاية هكذا وجدت بخط شيخى رحمه الله وقوله (فصار كما لو باع أضحيته) يعنى انه لو باع أضحيته واشترى بقيمتها غيرها فلو كان غيرها أنقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر حتى مضت أيام النحر تصدق بثمنها كله وقوله (ومن أتلف لحم أضحية غيره) متصل بقوله وان تشاحا يعنى ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه ومن أتلف لحم أضحية صاحبه كان الحكم فيه ماذكرناه وهو قوله فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه

وقوله (لانه ملكها بسابق الغصب) يعنى فكانت التضحية واردة على ملكه وهذا يكفى فى التضحية لا يقال الاستناد يظهر فى القائم والتضحية بالاراقة والاراقة قد فاتت لانها عبارة عن فعل المضحى لانا نقول الاراقة ليست من المملوك لانها ليست صفة للشاة ليصح أن يقال يظهر الاستناد فيها أولا يظهر فان الملك يثبت فى الشاة المذبوحة و يستند الى وقت الغصب فتكون الاراقة والتضحية واقعة على ملكه والله سبحانه وتعالى أعلم

لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله أعلم

(كتاب الكراهية)

التوجيه بوجه فان قول المصنف فان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه مسئلة تامة لابد لها من دليل مغاير لها وفى التوجيه المذكور قد أخذ مقدم المسئلة وهو قوله وان تشاحا وضم اليه تال مغاير لتالى المسئلة غير مذكور فى الكتاب أصلا فصار ان تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم أضحية صاحبه وجعل ذلك صغرى الدليل وجعل كبراه قول المصنف بعد المقدمات الكثيرة ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ولا يخفى ما فيه والحق عندى أن قول المصنف ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه متصل بما قبله وهو قوله وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فما قبله بمنزلة الصغرى وهذا بمنزلة الكبرى ومجموعهما دليل تام على أصل المسئلة وهو قوله وان تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه فمعنى الدليل أن تضحية كل واحد منهما لما وقعت من صاحبه كان اللحم الذى أتلفه بالاكل لصاحبه لا لنفسه ومن أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه من تضمين صاحبه اياه قيمة لحمه وليت شعرى أن صاحب التوجيه الاول ماذا يصنع فى حق قول المصنف وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه كان اللحم له فهل يجعله وحده دليلا آخر على أصل المسئلة أم يجعله متصلا بشئ آخر غير أصل المسئلة فانظر وتبصر هل يتيسر شئ من ذلك

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة منهما لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة الا يرى أن التضحية فى ليالى أيام النحر مكروهة وكذا التصرف فى الاضحية بجز صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابى وغير ذلك كما أن الامر فى كتاب الكراهية كذلك كذا فى الشروح ثم ان عبارات الكتب قد اختلفت فى ترجمة هذا الكتاب فقد سماه محمد فى الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوى فى مختصره وتبعهما المصنف وسماه محمد فى الاصل بالاستحسان وعليه كتب كثير من مشايخنا كالكافى للحاكم الشهيد والمبسوط والمحيط والذخيرة والمغنى وغيرها وسماه الكرخى فى مختصره بالحظر والاباحة وتبعه القدورى فى مختصره والامام قاضيخان فى فتاواه وكذا وقع فى التحفة والتتمة والايضاح ولكل وجهة هو موليها أما وجه التسمية بالكراهية فلان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه وأما وجه التسمية بالاستحسان فلان فيه ما حسنه الشرع وما قبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أو لان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها وأما وجه التسمية بالحظر والاباحة فلان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه ما منع عنه الشرع وما أباحه كذا ذكر وجه كل منهما فى الاختيار شرح المختار وفى شرح الكنز للامام الزيلعى ثم ان الكراهية

(كتاب الكراهية)

أورد الكراهية بعد الاضحية لان عامة مسائل كل واحدة لم تخل من أصل أو فرع ترد فيه الكراهة

(قوله لانا نقول الاراقة ليست من المملوك) أقول يعنى ليست من المملوك لاحد (قال المصنف بخلاف ما لو أودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلا يثبت الملك له الا بعد الذبح) أقول قال صدر الشريعة فى شرح الوقاية أقول بل يصير غاصبا بمقدمات الذبح كالاضجاع وشد الرجل فيكون غاصبا قبل الذبح انتهى وأجاب عنه صاحب الدرر بأن حقيقة الغصب كما تقرر فى موضعه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وغاية ما يوجد فى الاضجاع وشد الرجل اثبات اليد المبطلة ولا يحصل به ازالة اليد المحقة وانما يحصل ذلك بالذبح كما ذهب اليه الجمهور انتهى وان شئت فراجع فى كتاب الغصب ونحن نقول الاولى فى الجواب أن يقال قد سبق أن مقدمات الذبح فى حكم الذبح فلا يعطى له حكم آخر فليتأمل وأجاب الفاضل المحشى يعقوب باشا عن اشكال صدر الشريعة أيضا بأن يقال ان الغصب وان وجد بمقدمات الذبح لكن لا يتقرر قبل الذبح لان الاضجاع وشد الرجل قد يكونان لا للذبح لان الحفظ يجب على المودع فلا يتعين الغصب الا بالذبح بخلاف الغصب ابتداء فان الغصب هنا يتعين قبل الذبح كذا قيل ولا يخفى ما فيه فليتأمل انتهى كلام يعقوب باشا

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد نصا أن كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه الى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها

(فصل في الاكل والشرب قال أبو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل)

في اللغة مصدر كره الشئ كرها وكراهة وكراهية قال في الميزان هي ضد المحبة والرضا قال الله تعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم فالمكروه خلاف المندوب والمحبوب لغة والكراهة ليست بضد للارادة عندنا فان الله تعالى كاره للكفر والمعاصي أي ليس براض بهما ولا يحب لهما وان كان الكفر والمعاصي بارادة الله تعالى ومشيئته وعند المعتزلة هي ضد الارادة أيضا على ما عرف في أصول الكلام وأما معنى الكراهية في الشرع بعينه فما هو مذكور في الكتاب (قوله قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه) يعني اختلف أصحاب الشرع في معنى المكروه فروى عن محمد أنه نص على أن كل مكروه حرام الا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام فكان نسبة المكروه الى الحرام عنده كنسبة الواجب الى الفرض في أن الاول ثابت بدليل قطعي والثاني ثابت بدليل ظني وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه الى الحرام أقرب ثم ان هذا حد المكروه كراهة تحريم وأما كراهة المكروه كراهة تنزيه فالى الحل أقرب هذا خلاصة ما ذكروا في الكتب ولبعض المتأخرين ههنا كلمات طويلة الذيل لا حاصل لها تركنا التعرض لها لما في تضاعيفها من الاختلال كراهة الاطناب (قوله قال أبو حنيفة يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بأبوال الابل) قال جماعة من الشراح خص الاتن مع كراهة لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه اذ اللبن لا يكون الا من الاناث انتهى يعنون أنه لو قال تكره لحوم الحمر وألبانها لرجع الضمير في ألبانها الى الحمر المذكور فيما قبل وذلك يعم الذكور والاناث فلا يستقيم عطف الالبان مضافة الى الضمير الراجع الى مطلق الحمر على ما قبلها لان الالبان لا تتصور في ذكور الحمر وانما تتحقق في اناثها التي هي الاتن نعم يمكن تصحيح ذلك أيضا بتقدير أو بل لكن مرادهم عدم استقامة ذلك نظرا الى ظاهر التركيب فسقطت عن كلامهم مؤاخذة بعض المتأخرين وقال ذلك البعض وانما خص كراهة لحم الاتن بالذكر ولم يذكر كراهة لحم غيرها لما سبق في كتاب الذبائح لانه لما عنون الفصل بانه في الاكل والشرب وقد ذكر في الذبائح جميع ما لا يؤكل لحمه ولو أعادها كلها يلزم التكرار فذكر بعضا منها تذكيرا للبواقي انتهى أقول ليس هذا مما يعتد به لان حديث عنوان الفصل بأنه في الاكل والشرب لا يفيد شيأ فيما نحن فيه أصلا فان ما يتعلق بالاكل والشرب في هذا الفصل غير منحصر في هذه المسئلة بل كثير من المسائل الآتية المذكورة في هذا الفصل من مسائل الاكل والشرب أيضا فيصح عنوان الفصل بالاكل والشرب سواء لم تذكر هذه المسئلة فيه أصلا أو ذكر معها غيرها أيضا مما سبق في الذبائح وأما حديث ذكر بعض من المسائل السابقة في الذبائح تذكيرا للبواقي فغير تام أيضا لان ذكر ما ذكر مرة وبين مستوفى تذكيرا للبواقي المذكورات ليس من دأب المصنفين ولا مما يهم أصلا ثم أقول الاوجه أن يقال انما خص الاتن بالذكر مع كراهة لحوم غيرها أيضا لان جميع ما لا يؤكل لحمه قد ذكر في الذبائح مستوفى وكراهة لحوم الاتن انما ذكرت ههنا توطئة لكراهة ألبانها التي لم تذكر فيما مر قط ولا مدخل لكراهة لحوم غيرها في التوطئة لذلك فلا جرم خص الاتن بالذكر دون غيرها ثم قال ذلك البعض وأما حكم أبوال الابل فانما ذكره المصنف فيما سبق وذكره محمد ههنا في الجامع الصغير فليس فيه التكرار حتى يحتاج فيه الى الاعتذار انتهى كلامه أقول ليس هذا بكلام صحيح لان المصنف أيضا ذكره ههنا في الهداية والبداية فلزمه التكرار قطعا وانما لم يلزمه التكرار لو ذكره محمد في

ألا يرى أن في وقت الاضحية من ليالي أيام النحر وفي التصرف في الاضحية بجز الصوف وحلب اللبن وفي اقامة غيره مقامه كيف تحققت الكراهة وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك

فصل في الاكل والشرب (قوله ألا يرى أن في وقت الاضحية الخ) أقول الكراهية بالحقيقة هي في التضحية لا في الوقت ففيه تجوز (قوله وفي كتاب الكراهية أيضا كذلك) أقول فيه بحث الا أن المراد يتحقق فيه الكراهية في أشياء كثيرة

وتأويل قول أبي يوسف انه لا بأس بها للتداوي وقد بيناهذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فأخذ حكمه قال (ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء) لقوله عليه السلام في الذي يشرب في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم وأتى أبو هريرة رضي الله عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم

الجامع الصغير ولم يذكره المصنف ههنا وأما كون ما أخذ ما ذكره المصنف ههنا ما ذكره محمد في الجامع الصغير فلا يجدي شيأ في دفع التكرار لان المصنف ليس في حيز الاجتهاد فكل ما ذكره مأخوذ من قول مجتهد فاذا ذكر مسئلة مرتين لزم التكرار لا محالة (قوله وتأويل قول أبي يوسف لا بأس به للتداوي) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لان مذهب أبي يوسف أن بول ما يؤكل لحمه نجس لما مر في كتاب الطهارات فلزم أن يكون شربه حراما والمفهوم من قوله ههنا وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بأبوال الابل حل شربها عند أبي يوسف أيضا فأول المصنف قول أبي يوسف المذكور ههنا بنفي البأس عن شربها للتداوي وشربها للتداوي ليس بحرام عنده وان كانت نجسا تمسكا بقصة العرنيين كما مر بيانه في كتاب الطهارات قال صاحب غاية البيان في هذا المقام وأما قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير لا بأس بذلك فمنصرف الى لحم الفرس خاصة لان بول الابل نجس عند أبي يوسف أيضا الا أنه أطلق شربه للتداوي وقد مر بيانه في كتاب الطهارات في فصل البئر انتهى أقول فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير هكذا محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال أكره شرب أبوال الابل وأكل لحوم الفرس وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير وقد اعترف به الشارح المذكور حيث ذكر لفظه هكذا بعينه ولا يذهب عليك أن عبارة كله في قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا بأس بذلك كله تمنع من أن يكون قول أبي يوسف ومحمد في الجامع الصغير منصرفا الى لحم الفرس خاصة بل يقتضي شموله لابوال الابل أيضا (قوله وقد بيناهذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها) أقول في رواج هذه الحوالة بحث فان ألبان الاتن من هذه الجملة ولم تبين فيما تقدم قط وكذا أبوال الابل من هذه الجملة ولم تبين في شئ من كتابي الصلاة والذبائح وانما بينت في كتاب الطهارات في فصل البئر في ضمن بيان بول ما يؤكل لحمه مطلقا وعن هذا قال صاحب الكافي وقد مرت هذه الجملة في كتاب الطهارة والذبائح ويمكن أن يتمحل في توجيه كل من هاتين الصورتين أما في توجيه الصورة الاولى منهما فبأن يحمل المراد بهذه الجملة في قوله قد بيناهذه الجملة على ما عدا الالبان بقرينة بيان كراهة اللبن بعد قوله فلا نعيدها بقوله واللبن يتولد من اللحم فأخذ حكمه وأما في توجيه الصورة الثانية منهما فبأن الطهارة لما كانت من شروط الصلاة ومباديها عبر المصنف عن كتاب الطهارات بكتاب الصلاة مسامحة قال بعض المتأخرين وانما قال في الصلاة مع أن البيان لم يكن فيها بل في كتاب الطهارة في فصل البئر اشارة الى أنه ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول كتاب الصلاة كما وقع في فتاوى قاضيخان وأن لا يترجم لها كتاب على حدة انتهى أقول ليس هذا بشئ لان ما له أن يكون مراد المصنف بتعبيره المذكور الاشارة الى تقبيح نفسه فيما فعله في أول كتابه من ترجمة الطهارات بكتاب على حدة دون فصل من فصول كتاب الصلاة وهل يليق بالعاقل أن يقصد الاشارة الى مثل ذلك على أن الشراح ذكروا قاطبة في أول الكتاب وجها وجيها لايراد الطهارة في كتاب مستقل فكون الذي ينبغي أن يذكر مسائل الطهارة في فصل من فصول الصلاة ممنوع وعن هذا ترى أكثر ثقات السلف والخلف ذكروا مسائل الطهارة في كتاب على حدة وقال ذلك البعض ثم ان المصنف بين فيما تقدم أن شرب أبوال الابل حرام عند أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وحلال عند محمد رحمه الله مطلقا وللتداوي فقط عند أبي يوسف وذكر أدلتهم هنالك لكن بنى دليل محمد على طهارته مع أن استلزام طهارته حل شربه غير ظاهر وأن

قوله (واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه) يرد عليه لبن الخيل على قول أبي حنيفة في رواية هذا الكتاب حيث جعل لبنه حلالا مما لا بأس به وأكل لحمه محرما مع أن لبن الخيل متولد من لحمه فلا بد من زيادة قيد وهو أن يقال بعد قوله فاخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب من كل واحد منهما لما أن المقصود من تحريم لحمه عدم تقليل آلة الجهاد ولا يوجد ذلك في اللبن فكان شربه مما لا بأس به وقوله صلى الله عليه وسلم انما يجرجر في بطنه نار جهنم قيل معناه يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته في حنجرته ونارا منصوب على ما هو المحفوظ من الثقات

(قوله يرد عليه لبن الخيل الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو أن يقال بعد قوله فأخذ حكمه فيما لم يختلف ما هو المطلوب) أقول فيه بحث والاولى أن يقال اذا وجد جهة الحرمة فيه أيضا

واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه ولانه تشبه بزى المشركين وتنعم بنعم المترفين والمسرفين وقال فى الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لعموم النهى وكذلك الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال (ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق) وقال الشافعى يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به قلنا ليس كذلك لانه ما كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال (ويجوز الشرب فى الاناء المفضض عند أبى حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسى المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقى موضع الفضة) ومعناه يتقى موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد فى الاخذ وفى السرير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبى حنيفة و يروى مع أبى يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك فى السيف والمشحذ وحلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا الاختلاف فى اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب أوفضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع

طهارته لم تلزم عنده الا من حله الثابت بقوله عليه السلام ما وضع شفاؤكم فيما حرم عليكم كما سبق فبناء حله على طهارته دور ظاهر الى هنا كلامه أقول حديث الدور ساقط جدا لان حله انما يكون علة لطهارته فى العقل بأن يصير دليلا عليها وأما طهارته فانما تكون علة حله فى الخارج فاختلفت الجهة وهذا نظير ما قالوا فى العلوم العقلية ان الحمى علة العفونة فى الذهن والعفونة علة الحمى فى الخارج فالاستدلال بالحمى على العفونة برهان انى و بعكسه برهان لمى ولا دور أصلا وهكذا الحال بين كل مؤثر وأثره فان الاول علة للثانى فى الخارج وان كان الثانى علة للاول فى العقل أى دليلا عليه ومن هذا القبيل استدلالنا بوجود العالم على وجود الصانع (قوله واذا ثبت هذا فى الشرب فكذا فى الادهان ونحوه لانه فى معناه) أى لان الادهان فى آنية الذهب أو الفضة ونحوه فى معنى الشرب منها لان كلا من ذلك استعمال لها والمحرم هو الاستعمال بأى وجه كان لما فيه من التجبر والاسراف فيشمل الادهان والتطيب أيضا وفى النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة و يصب الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره كذا ذكره صاحب الذخيرة فى الجامع الصغير اه قال صاحب العناية بعد نقل ذلك وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة فان الكحل لابد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكره فى المحرمات انتهى أقول يمكن دفع المخالفة بين القولين بأن المحرم فى أوانى الذهب والفضة وآلاتهما استعمالها واستعمال آنية الذهب أو الفضة عند ارادة الادهان منها انما يتحقق فى العرف والعادة بأخذ آنيتهما وصب الدهن منها على البدن لا بادخال اليد فيها وأخذ الدهن ثم صبه على البدن وأما استعمال مكحلة الذهب أو الفضة فانما يتصور عادة بادخال الميل فيها ثم الاكتحال به فانفصال الكحل عنها حين الاكتحال لا يقدح فى تحقق استعمالها فافترقا واعترض صاحب التسهيل على ما قيل فى صورة الادهان المحرم بوجه آخر وهو أنه يقتضى أن لا يكره اذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها وكذا اذا أخذه بيده وأكله منها وأجاب عنه صاحب الدرر والغرر بما يقرب بما ذكرناه فى دفع ما قاله صاحب العناية فى المكحلة حيث قال بعد ذكر ذلك الاعتراض أقول منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ وعدم الوقوف على مرادهم أما الاول فلان من فى قولهم من اناء ذهب ابتدائية وأما الثانى فلان مرادهم أن الادوات المصنوعة من المحرمات انما يحرم استعمالها اذا استعملت فيما صنعت له بحسب متعارف الناس فان الاوانى الكبيرة المصنوعة من الذهب والفضة لاجل أكل الطعام انما يحرم استعمالها اذا أكل الطعام

وقوله (لانه فى معناه) أى لان الادهان من آنية الذهب فى معنى الشرب منها لان كلا منهما استعمال لها والمحرم هو الاستعمال قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب أو الفضة و يصب الدهن على الرأس وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال صاحب النهاية هكذا ذكره صاحب الذخيرة فى الجامع الصغير وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة فان الكحل لابد وأن ينفصل عنها حين الاكتحال ومع ذلك فقد ذكرها فى المحرمات المضبب المشدود بالضباب جمع ضبة وهى حديدة عريضة والمشحذ المسن والثفر ما يجعل تحت ذنب الدابة

(قوله من آنية الذهب) أقول والفضة كذلك (قوله قيل صورة الادهان المحرم الى قوله لا يكره) أقول وفى شرح و يحتمل هذا التفصيل فى الاكل والشرب أيضا (قوله وأرى أنه مخالف لما ذكره المصنف فى المكحلة الى قوله فى المحرمات الخ) أقول لكن المكتحل يأخذ المكحلة بيده و يضع فيها الميل بخلاف الآنية اذ لا يحتاج فيه الى الاخذ باليد

لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل بجميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابى حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب ومسمار الذهب فى الفص قال (ومن أرسل أجيرا له مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودى أو نصرانى أو مسلم وسعه أكله) لان قول الكافر مقبول فى المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات (وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه)

منها باليد أو الملعقة لانها وضعت لاجل ابتداء الاكل منها باليد أو الملعقة فى العرف وأما اذا أخذ منها ووضع على موضع مباح فأكل منه لم يحرم لانتفاء ابتداء الاستعمال منها وكذا الاوانى الصغيرة المصنوعة لاجل الادهان ونحوه انما يحرم استعمالها اذا أخذت وصب منها الدهن على الرأس أو على اليد لانها انما صنعت لاجل الادهان منها بذلك الوجه وأما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن وصبه على الرأس من اليد فلا يكره لانتفاء ابتداء الاستعمال منها فظهر أن مرادهم أن يكون ابتداء الاستعمال المتعارف من ذلك المحرم الى هنا كلامه أقول فيه نوع استدراك بل اختلال فان قوله منشؤه الغفلة عن معنى عبارة المشايخ ثم بيانه اياه بقوله أما الاول فلان من فى قولهم من اناء ذهب ابتدائية أمر زائد بل مختل أما أولا فلان المذكور فى عبارة عامة المشايخ فى آنية الذهب والفضة بكلمة فى بدل كلمة من وعليه عبارة الكتاب والجامع الصغير والمحيط والذخيرة وعامة المعتبرات وانما وقعت كلمة من فى كلام بعض المتأخرين من أصحاب المتون وأما ثانيا فلانه لا تأثير للابتداء فى تمشية الجواب الذى ذكره ههنا اذ يكفى فيها الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره سواء كان الاستعمال فى الابتداء أو فى الانتهاء يظهر ذلك بالتأمل الصادق والذوق السليم ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر الجواب المزبور وطعن فى بعض عباراته قال والحق أن الفرق بين صور الادهان ليس بما ذكره المجيب بل بوجود مماسة اليد بالاناء وقت الاستعمال فى الصورتين وعدمها فى الثالثة فان للماسة تأثيرا فى الحرمة كما سيجىء من وجوب الاتقاء عن موضع الفضة فى الاناء المفضض أو المضبب وقت الشرب فتأمل انتهى أقول يرد على هذا الفرق الذى زعمه حقا النقض الذى أورده صاحب التسهيل فانه اذا أخذ الطعام من آنية الذهب أو الفضة بملعقة ثم أكل منها أو أخذه بيده وأكله منها لم يوجد هنالك مماسة اليد بالآنية مع أنه يكره بلا شك فالمخلص الكلى هنا انما يحصل بالمصير الى الفرق بين الاستعمال المتعارف وغيره لا بغير ذلك وأما الاناء المفضض أو المضبب فبمعزل عما نحن فيه فانه ليس بخالص فضة أو ذهب بل هو مركب من لوح وفضة أو ذهب فاعتبر أبو حنيفة فى حرمة الشرب منه مماسة العضو بالجزء الذى هو الفضة أو الذهب ولم يعتبرها صاحباه ولكل من الجانبين أصل يأتى بيانه (قوله لهما أن مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع الاجزاء فيكره) جمعهما فى التعليل جريا على رواية كون قول محمد فى هذه المسئلة مع أبى يوسف وان كان أفرد أبا يوسف فى بيان الحكم فيما قبل وأما صاحب الكافى فأفرده ههنا أيضا حيث قال احتج أبو يوسف بعموم ما ورد من النهى ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ما فى الكافى قلت ورد النهى عن الشرب فى اناء الذهب والفضة كما سبق وصدقه على المفضض والمضبب ممنوع وقال فى الحاشية رد لما فى الكافى من احتجاج أبى يوسف أقول ليس ذلك بتام لان ما ورد من النهى عن الشرب فى اناء الذهب والفضة ان لم يعم المفضض والمضبب عبارة يعمهما دلالة كعمومه للادهان منه ونحوه وكعمومه للاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما فان المدارفى كلها تناول النهى الوارد المذكور لكل منها دلالة كما صرحوا به وعن هذا قال فى المحيط البرهانى حجتهما العمومات الواردة بالنهى عن استعمال الذهب والفضة ومن استعمل اناء كان مستعملا كل جزء منه فكره وهذا لان الحرمة فى استعمال الذهب والفضة

(ولابى حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع) حكى أن هذه المسئلة وقعت فى دار أبى جعفر الدوانقى بحضرة أبى حنيفة وأئمة عصره رحمهم الله فقالت الائمة يكره فقيل لابى حنيفة ما تقول فقال ان وضع فمه على الفضة يكره والا فلا فقيل له ما الحجة فيه فقال أرأيت لو كان فى اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره فوقف كلهم وتعجب أبو جعفر قال (ومن أرسل أجيرا له مجوسيا الخ) كلامه واضح

معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة قال (ويجوز أن يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي) لان الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه أن يأخذها لانه لافرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا

في الاناء وغيره انما كانت للتشبه بالاكاسرة والجبابرة فكل ما كان بهذا المعنى يكره بخلاف خاتم الفضة والمنطقة حيث لا يكره لان الرخصة جاءت في ذلك نصا أما ههنا بخلافه الى هنا لفظ المحيط تأمل وقال الامام الزيلعي في شرح الكنز لابي يوسف ماروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه السلام قال من شرب في اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شئ من ذلك فانه يجرجر في بطنه نار جهنم رواه الدارقطني انتهى ورد عليه أيضا ذلك البعض حيث قال بعد نقل ذلك قلت لو ثبت هذا كان حجة قاطعة على أبي حنيفة رحمه الله لكن لم نجده في روايات البخاري وغيره الا خاليا عن زيادة أو اناء فيه شئ من ذلك وقال في الحاشية رد لما ذكره الزيلعي من احتجاج أبي يوسف انتهى أقول عدم وجدانه تلك الزيادة فيما رآه من روايات البخاري وغيره لا يدل على عدم وجودها في رواية أخرى لم يرمحلها وقد بين الامام الزيلعي طريق اخراج ماذكره من الحديث حيث قال رواه الدارقطني فكيف يصح أن يجعل ذلك البعض مجرد عدم اطلاعه على ذلك رداله وهو ليس من فرسان ميدان علم الحديث كما لا يخفى (قوله معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم) أقول كان الاظهر أن يقال معناه اذا كان قوله غير ذلك بان قال اشتريته من غير الكتابي والمسلم لان المقصود بالبيان هنا كون قول الكافر مقبولا فيما هو من جنس المعاملات سواء تضمن الحل أو الحرمة لا كون ذبيحة المسلم والكتابي مما يؤكل دون ذبيحة غيرهما فانه من مسائل كتاب الذبائح وقد مر مستوفى وعبارة المصنف توهم أصالة الثاني كما ترى ثم انه لو قال في المتن وان قال غير ذلك بدل قوله وان كان غير ذلك لكان أظهر من الكل وكان أوفق لما قبله وهو قوله وقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم الا أنه لم يغير لفظ محمد رحمه الله في الجامع الصغير تبركا به (قوله لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل قوله لانه لما قبل قوله في الحل يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما انتهى أقول في تفسيره قول المصنف في الحل بقوله يعني في قوله وسعه أكله ركاكة جدا لان قوله وسعه أكله جواب المسئلة فهو في قوة أن يقال يقبل قوله فيما أخبر به لانه ثمرة قبول قوله في ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا بقوله في الحل في قوله وسعه أكله يصير معنى كلامه لما قبل قوله في قبول قوله فيما أخبر به ولا حاصل له بل هو من قبيل اللغو من الكلام والحق عندي في شرح كلام المصنف هنا أن يقال يعني أنه لما قبل قوله في الحل أي فيما يتضمن الحل وهو قوله اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم فانه يتضمن اثبات حل أكل ما اشتراه كما صرحوا به فاولى أن يقبل قوله في الحرمة أي فيما يتضمن الحرمة وهو قوله اشتريته من غير الكتابي والمسلم فانه يتضمن اثبات حرمة ما اشتراه كما صرحوا به أيضا تبصر (قوله لانه لافرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا) قال جمهور الشراح قوله لما قلنا راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء انتهى أقول لمانع أن يمنع أن نفس الجواري والعبيد تبعث عادة على أيدي هؤلاء بخلاف اهداء غير أنفسهم من الهدايا فانها تبعث عادة على أيديهم بلا مجال النكير من أحد وقال صاحب الغاية قوله لما قلنا اشارة الى قوله فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وتبعه العيني أقول ولمانع أن يمنع أن عدم قبول قولهم في اهداء مواليهم أنفسهم يؤدي الى الحرج لامكان اهدائهم على أيدي غيرهم من سائر العبيد والجواري

قال

وقوله (لانه لما قبل قوله في الحل) يعني في قوله وسعه أكله فانه يتضمن الحل لا محالة أولى أن يقبل في الحرمة لان الحرمة مرجحة على الحل دائما وأتى برواية الجامع الصغير لان الهدية فيها نفس الجارية وقوله (لما قلنا) راجع الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء

(قوله لان الهدايا تبعث على أيدي هؤلاء عادة) أقول يمكن أن يمنع اشتراك العادة

قال (ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات الا قول العدل) ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين أجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدى الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان أو فاسقا كافرا أو مسلما عبدا أو حرا ذكرا أو أنثى دفعا للحرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل فيها الا قول المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام فى ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة انه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفى ظاهر الرواية هو والفاسق فيه سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأى

أو الصبيان وعدم القدرة على غيرهم أصلا نادر لا يعد مثله مؤديا الى الحرج بخلاف اهداء الهدايا مطلقا على أيدى غير جنس العبيد والجوارى والصبيان فان فيه حرجا بينا سيما فى اهداء الامور الخسيسة (قوله ويقبل فى المعاملات قول الفاسق ولا يقبل فى الديانات الا قول العدل) قال فى التلويح قيل ذكر فخر الاسلام فى موضع من كتابه ان اخبار المميز الغير العدل يقبل فى مثل الوكالة والهدايا من غير انضمام التحرى وفى موضع آخر أنه يشترط التحرى وهو المذكور فى كلام الامام السرخسى ومحمد رحمه الله ذكر القيد فى كتاب الاستحسان ولم يذكره فى الجامع الصغير فقيل يجوز أن يكون المذكور فى كتاب الاستحسان تفسيرا لهذا فيشترط ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان انتهى أقول يشكل على التوجيه الاول الفرق بين المعاملات والديانات لان قول الفاسق يقبل فى الديانات أيضا بشرط التحرى كما سيأتى التصريح به فى الكتاب وكذا يشكل ذلك على التوجيه الثالث على احدى الروايتين وهى رواية الاشتراط فالظاهر المناسب عندى هو التوجيه الثانى فان الفرق المذكور يستقيم حينئذ اذ لا رخصة لقبول قول الفاسق فى الديانات بدون التحرى (قوله ولا يقبل فيها قول المستور فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) قال الشراح وظاهر الرواية أصح لانه لا بد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى أقول فيه بحث لان أصل أبى حنيفة فى الشهادة أن يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة اذا لم يطعن الخصم فيما عدا الحدود والقصاص كما تقرر فى كتاب الشهادات فكان أحد شطرى الشهادة عنده ظاهر العدالة دون حقيقتها ولا ريب أن المستور ظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف ففى غير ظاهر الرواية أيضا لم يلزم عدم اعتبار أحد شطرى الشهادة فلم يدل ما ذكروه على أصحية ظاهر الرواية ويمكن أن يقال ليس مقصودهم بيان أصحية ظاهر الرواية على أصل أبى حنيفة فى الشهادة بل على ما يقتضيه فساد الزمان من عدم الاعتداد برواية المستور ما لم يتبين عدالته كما لم تعتبر شهادته فى القضاء عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ما لم يظهر عدالته وعن هذا قال المصنف فى كتاب الشهادات والفتوى على قولهما فى هذا الزمان ويؤيد هذا التوجيه ما ذكره صاحب غاية البيان نقلا عن شمس الائمة السرخسى حيث قال قال شمس الائمة السرخسى فى أصوله وروى الحسن عن أبى حنيفة انه بمنزلة العدل فى رواية الاخبار لثبوت العدالة ظاهرا بالحديث المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضى الله تعالى عنه المسلمون عدول بعضهم على بعض ولهذا جوز أبو حنيفة القضاء بشهادة المستور فيما يثبت مع الشبهات اذا لم يطعن الخصم ولكن ما ذكره فى الاستحسان أصح فى زماننا فان الفسق غالب فى أهل هذا الزمان فلا يعتمد على رواية المستور ما لم تتبين عدالته كما لا تعتبر شهادته فى القضاء قبل أن تظهر عدالته انتهى وبما ذكرنا تبين اختلال تحرير بعض المتأخرين فى هذا المقام حيث قال فى شرح قول المصنف ولا يقبل قول المستور فى

وقوله (ولا يقبل فيها) أى فى العبادات (قول المستور) وقوله (جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به) يعنى اذا لم يطعن الخصم وظاهر الرواية أصح لانه لا بد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة وقوله (حتى يعتبر فيهما) أى فى الفاسق والمستور اذا أخبر بنجاسة الماء (أكبر الرأى)

قال (ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ماذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره مسلم مرضى لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا أو مستورا تحرى فان كان أكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة أما التحرى فمجرد ظن ولو كان أكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحرى وهذا جواب الحكم فأما فى الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها فى كفاية المنتهى

ظاهر الرواية أى ولا يقبل قوله فى الديانات فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله ثم قال وجه الظاهر أنه لابد من اعتبار أحد شطرى الشهادة ليكون الخبر ملزما وقد سقط اعتبار العدد فبقى اعتبار العدالة انتهى فانه جعل ماذكروه وجها لاصحية ظاهر الرواية وجها لنفس ظاهر الرواية عن أبى حنيفة فيرد عليه قطعا أن حقيقة العدالة ليست باحد شطرى الشهادة عند أبى حنيفة بل يكفى ظاهر العدالة عنده فى قبول الشهادة ولا يخفى أن ظاهر العدالة متحقق فى المستور فما معنى اعتبار حقيقة العدالة فى قبول قوله فى الديانات فى ظاهر الرواية عنه فتدبر (قوله ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا) أقول لا يخفى على ذى فطرة سليمة أن ذكر الحر ههنا خال عن الفائدة اذ لا يشتبه على أحد قبول قول الحر فى كل أمر خطير اذا كان عدلا بخلاف العبد والامة ولعل صاحب الكافى ذاق بشاعة ذكر الحر ههنا فقال ويقبل فيها قول العبد والامة اذا كانا عدلين بدون ذكر الحر قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وقوله ويقبل فيها أى فى الديانات قول الحر والعبد والامة لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما فى رواية الاخبار انتهى أقول قد زاد هذا الشارح فى الطنبور نغمة حيث أتى بمحذور آخر فى كلام نفسه فانه قال لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر ولا شك أن كلمة هؤلاء من جموع أسماء الاشارة فتكون ههنا اشارة الى الاشياء الثلاثة المذكورة وهى العبد والحر والامة فيصير معنى كلام الشارح المذكور لان خبر العبد والحر والامة فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا فيدخل المشبه به فى المشبه ولا يخفى فساده وقال صاحب النهاية ويقبل فيها أى فى الديانات قول العبد والحر والامة لان فى أمور الدين خبر العبد كخبر الحر كما فى رواية الاخبار وتبعه صاحب معراج الدراية كما هو دأبه فى أكثر المواضع أقول فى كلامهما أيضا نوع محذور لانهما جعلا الحر مقيسا عليه أو مشبها به وهو داخل أيضا فى المدعى ههنا فكان مما يلزم اثباته أيضا هنا فكيف يتم أن يجعل مقيسا عليه أو مشبها به لاحد قرينيه قبل أن يتبين حال نفسه فالتعليل التام الشامل للكل ماذكره المصنف بقوله لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه (قوله وان أراق الماء ثم تيمم كان أحوط) أقول هذا مشكل عندى لانه اذا كان أكبر رأيه أنه صادق كان نجاسة الماء راجحة عنده فاذا أراق هذا الماء على أعضاء الوضوء كان الراجح أن تتنجس تلك الاعضاء واذا تنجست أعضاؤه لم تخرص لانه مالم تطهر والمفروض انتفاء ماء آخر مطهر والا لم يجز التيمم فكان ينبغى أن يكون الاحتياط اذ ذاك فى ترك الاراقة لتأديها الى محذور شديد بخلاف الاحتياط بالتيمم بعد الوضوء فيما اذا كان أكبر رأيه أنه كاذب كما سيأتى من بعد فان التيمم هنالك بشئ طاهر فلا يلزم محذور أصلا فليتأمل (قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة) أقول لقائل أن يقول لا نسلم سقوط احتمال الكذب مع مجرد العدالة بدون أن يصل حد التواتر كيف وقد

وقوله (ويقبل فيها) أى فى الديانات قول العبد والحر والامة لان خبر هؤلاء فى أمور الدين كخبر الحر اذا كانوا عدولا كما فى رواية الاخبار لانه التزم بنفسه أولا ثم يتعدى منه الى غيره (٨٦) فلا يكون من باب الولاية على الغير وقوله (ماذكرناه) اشارة الى الهدية والاذن وقوله (فان كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به) يعنى حكما لا فى الاحتياط والاحتياط فى التيمم بعد الوضوء وان لم يترجح أحد الوجهين قيل الاصل الطهارة وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله أما التحرى فمجرد ظن ففيه احتمال الخطا وقوله (ومنها) أى من الديانات (الحل والحرمة) يقبل فيهما خبر الواحد العدل اذا لم يتضمن زوال الملك كالاخبار بحرمة الطعام والشراب يقبل فيها قول العدل فلا يحل الاكل ولا الاطعام لانها حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة بطلان الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل كما اذا أخبر رجل أو امرأة عدل للزوجين بأنهما ارتضعا من امرأة واحدة بل لابد فيها من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الحرمة ههنا مع بقاء النكاح غير متصورة فكان متضمنا لزوال الملك فان قيل قد تقدم قوله لانه لما قبل قوله أى قول المجوسى فى الحل أولى أن يقبل فى الحرمة وهو يدل على ان العدالة فى الخبر بالحل والحرمة غير شرط فكان كلامه متناقضا أجيب بأن ذلك كان ضمنيا وكم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا تناقض لان المراد ههنا ما كان قصديا قال

(قوله أجيب بأن ذلك كان ضمنيا) اقول ولا يمكن أن يجاب بأن الكافر قد يكون عدلا لان المراد بالعدل هنا المسلم المرضى كما نص عليه المصنف هنا

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو غناء فلا بأس بأن يقعد و يأكل) قال أبو حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا مرة فصبرت وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى به ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي أن يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين

صرحوا في علم الاصول بان خبر الواحد العدل وان كان صحابيا لا يوجب اليقين بل احتمال الكذب قائم وان كان مرجوحا والا لزم القطع بالنقيضين عند اخبار العدلين بهما ولهذا قالوا انه لا يفيد الا غلبة الظن دون اليقين ويوافقه قول المصنف فيما مر لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه والجواب أن مراد المصنف باحتمال الكذب في قوله ومع العدالة يسقط احتمال الكذب هو الاحتمال الظاهر الذي يعتد به شرعا دون مطلق الاحتمال وعن هذا قال صاحب الكافي ومع العدالة سقط احتمال الكذب شرعا لانها عبارة عن الانزجار عن المعاصي والكذب منها فكان منزجرا عنه انتهى فان قلت اذا بقي احتمال ما للكذب في العدالة فما معنى قوله فلا معنى للاحتياط بالاراقة قلت مراده أنه لا معنى للاحتياط بالاراقة في صورة العدالة احتياطا بها مثل الاحتياط بها في صورة التحري في خبر الفاسق أو المستور فان قلت اذا كان مفاد خبر العدل هو الظن دون اليقين فما معنى قول المصنف في مقابلة ذلك وأما التحري فمجرد ظن قلت معناه أنه مجرد تخمين وظن لا غلبة ظن بخلاف عدالة المخبر فان الحاصل هناك غلبة الظن وهي أقوى من الاول فافترقا (قوله وهذا لان اجابة الدعوى سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترن بها من البدعة من غيره كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم كذا في العناية وعامة الشروح أقول الجواب منظور فيه لانهم ان أرادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب أنها مثل الواجب في الاحكام كما يفصح عنه قول صاحبي النهاية والكفاية فيثبت الحكم فيها على وفاق ما يثبت في الواجب فهو مشكل على قواعد علم الاصول اذ قد تقرر فيه كون السنة قسيما للواجب ومغايرة له في الاحكام حيث صرحوا فيه بأن الواجب مما كان فعله أولى من تركه مع منع تركه والسنة مما كان فعله أولى من تركه بلا منع تركه وان تارك الواجب يستحق العقوبة بالنار وتارك السنة لا يستحقها بل يستحق حرمان الشفاعة فكيف يتصور الاشتراك في الاحكام وان أرادوا بقولهم انها سنة في قوة الواجب مجرد بيان تأكد سنيتها فهو لا يجدي نفعا في دفع السؤال اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الواجب تحمله لاقامة السنة وان كانت مؤكدة تأكدا تاما لظهور التفاوت بينهما في الحقيقة والاحكام فلا يتم القياس على أن صلاة الجنازة فرض لا واجب محض فعلى تقدير أن يكون اجابة الدعوة في حكم الواجب بل نفس الواجب لا يندفع السؤال أيضا اذ لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة الواجب لثبوت الفرض بدليل قطعي دون الواجب ولهذا يكفر جاحد الاول دون الثاني فلا وجه للقياس وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة انتهى أقول ليس هذا بشيء لان تشبيه اجابة الدعوة بصلاة الجنازة في مجرد الاقتران بالبدعة مع ظهور الفرق بينهما في القوة والضعف لا يفيد شيأ فقهيا فيلزم أن يكون قول المصنف كصلاة

قال (ومن دعى الى وليمة أو طعام الخ) قيل الوليمة طعام العرس والغناء بالكسر السماع وقوله (كصلاة الجنازة) قيل عليه انه قياس السنة على الفرض وهو غير مستقيم فانه لا يلزم من تحمل المحذور لاقامة الفرض تحمله لاقامة السنة وأجيب بأنها سنة في قوة الواجب لورود الوعيد على تاركها قال صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم ويجوز أن يقال وجه التشبيه اقتران العبادة بالبدعة مع قطع النظر عن صفة تلك العبادة وقوله (فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر) ليكون عاملا بقوله صلى الله عليه وسلم من رأى منكم منكرا فليغيره بيده الحديث وقوله (ولو كان على المائدة ينبغي أن لا يقعد) يشير الى أن ما تقدم انما جاز اذا كان الغناء في ذلك المنزل ولم يكن على المائدة لانه لم يدخل تحت المعية وأما اذا كان على المائدة كان قاعدا مع القوم الظالمين

(قوله ويجوز أن يقال وجه التشبيه الخ) أقول فيه بحث الآن يقال ليس بقياس كما يشير اليه قوله وجه التشبيه وفيه أنه تبقى المسئلة حينئذ بلا دليل

الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة كلا مازائدا خارجا عن صنعة الفقه وحاشى له ثم أقول
يمكن أن يجاب عن ذلك السؤال بوجه آخر وهو أن اجابة الدعوة وان كانت سنة عندنا ابتداء الا أنها
تنقلب الى الواجب بقاء أى بعد الحضور الى محل الدعوة حيث يلزمه حق الدعوة بالتزامه اجابتها كما
أشار اليه المصنف فيما بعد فيصير هذا نظير الصلاة النافلة فانها تنقلب الى الواجب بل الى الفرض بالتزام
اقامتها بالشروع فيها كما تقرر في محله ولذلك لو علم المدعو البدعة قبل الحضور لزمه ترك اجابة الدعوة كما
سيجيء فيكون قوله كصلاة الجنازة واجبة الاقامة وان حضرتها نياحة قياس الواجب على الواجب في
المآل فيندفع الاشكال ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح رد الدليل المذكور في الكتاب حيث قال لا
لان اجابة الدعوة سنة فلا تترك بسبب بدعة كصلاة الجنازة يحضرها النياحة لانه ان أراد مطلق الدعوة
فلا نسلم أن اجابتها سنة وان أراد الدعوة على وجه السنة فلا يتم التقريب بل لان حق الدعوة يلزمه
بعد الحضور لا قبله الى ههنا كلامه وقصد بعض المتأخرين الجواب عن ذلك فقال ثم المراد بالاجابة
المسنونة في قوله لان اجابة الدعوة سنة ما يعم الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة انتهاء فقط حتى يتم تقريب
الدليل لان فرض المسئلة في دعوة اقترنت بلهو وفيها لا تسن الاجابة ابتداء كما سيجيء فاذا عرف
المدعو ذلك قبل الاجابة لا يجب عليه الاجابة أصلا وأما اذا هجم عليه ولم يعرفه كما هو المفروض بدليل
قوله فوجد ثمة يجب عليه الجلوس والصبر والاكل وهذا اجابة انتهاء فبهذا ينطبق الدليل على المدعى فلا يرد
عليه ما قيل ان أراد بقوله لان اجابة الدعوة سنة أن اجابة مطلق الدعوة سنة فلا نسلم ذلك لما سيجيء أن
الدعوة اذا قارنت شيئا من اللهو لم يلزمه حق الدعوة وان أراد أن اجابة الدعوة على وجه السنة كذلك
فلا يتم التقريب ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم فتأمل
الى هنا كلام ذلك البعض أقول لا يذهب على ذي فطانة أن هذا كلام خال عن التحصيل ابتداء وانتهاء
أما خلوه عن التحصيل ابتداء فلانه لا معنى لاجابة الدعوة انتهاء فقط اذ لا يتصور تحقق اجابة الدعوة
انتهاء بدون تحققها ابتداء لان عدم تحقق اجابة الدعوة من المدعو ابتداء انما يتصور بعدم مجيئه الى
محل الدعوة أصلا لاجل اجابة تلك الدعوة فاذن كيف يتصور منه اجابة تلك الدعوة انتهاء واجابتها
انتهاء فرع مجيئه الى محل الدعوة أولا وليس فليست وانما الذي يتصور وقوعه عكس ذلك وهو الاجابة
ابتداء فقط كما اذا دعى الى وليمة أو غيرها فأجاب وذهب الى محل الدعوة فوجد ثمة لعبا أو غناء فلم يقعد ولم
يأكل فانه يوجد هنالك الاجابة ابتداء لا انتهاء كما لا يخفى في صورتها الشرعية فيما اذا كان المدعو مقتدى
ولم يقدر على منعهم كما سيجيء في الكتاب والعجب أن ذلك القائل ذكر الاجابة ابتداء وانتهاء والاجابة
انتهاء فقط ولم يذكر الاجابة ابتداء فقط وكتب تحت قوله والاجابة انتهاء فقط أما عكسه وهو القسم الثالث
ههنا فلا يتصور وقوعه اه فزعم ما هو متصور الوقوع غير متصور الوقوع وبالعكس ولم يدر أن تحقق
انتهاء الشيء في الخارج يستلزم تحقق ابتدائه فيه دون العكس كما لا يخفى وأما خلو كلامه عن التحصيل
انتهاء فلان الظاهر من قوله ووجه الاندفاع ظاهر لانه وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء
اذا هجم أنه اختار كون المراد أن اجابة مطلق الدعوة سنة لان عدم لزوم حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه
انتهاء كان من متفرعات منع ذلك ولكن ما ذكره في وجه الاندفاع ليس بسديد لانه اذا علم المدعو قبل
الحضور أن الدعوة قارنت شيأ من البدعة لم يلزمه الاجابة أصلا كما سيجيء في الكتاب وذكره ذلك القائل
أيضا في أثناء كلامه ويكفي لسند منع أن اجابة مطلق الدعوة سنة هذه الصورة فقط فلا وجه لقوله لانه
وان لم يلزمه حق الدعوة ابتداء لكن يلزمه انتهاء اذا هجم لان لزوم حق الدعوة للمدعو انتهاء اذا هجم عليه
انما يكون بأن علم ذلك بعد الحضور وهو صورة أخرى غير الصورة الاولى التي هي السند للمنع المذكور
ولا شك انه لا يلزمه حق الدعوة في الصورة الاولى لا ابتداء ولا انتهاء فكيف يكون ما ذكره وجها للاندفاع

وهذا

وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب

والصواب في الجواب عما ذكره صاحب الاصلاح والايضاح اختيار الشق الثاني من ترديده وهو كون المراد أن اجابة الدعوة على وجه السنية فتكون الاجابة سنة و بيان تمام تقريب الدليل بأن الدعوة على ثلاثة أوجه الاول ان دعى الى وليمة أو طعام ولم يكن ثمة شئ من البدع أصلا والثاني ان دعى الى ذلك ولم يذكر حين الدعوة أن ثمة شيأ من البدع ولم يعلمه المدعو قبل الحضور ولكن هجم عليه والثالث ان دعى الى ذلك وذكر أن ثمة شيأ من البدع فعلمه المدعو قبل الحضور ففي الوجهين الاولين كانت الدعوة على وجه السنة فتكون الاجابة سنة وفي الوجه الثالث لم تكن الدعوة على وجه السنة فلا تكون الاجابة لازمة للمدعو أصلا والمسئلة التي نحن فيها من الوجه الثاني من تلك الاوجه فيتمشى فيها الدليل المذكور فيتم التقريب تأمل تقف (قوله وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر) أقول لقائل أن يقول الحديث المذكور يعم ما بعد الحضور وما قبله اذ قد تقرر في علم الاصول أن المعرف باللام اذا لم تكن للعهد الخارجي فهو للاستغراق والدعوة في قوله عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم معرفة باللام ولم يظهر هناك معهود خارجي فهي للاستغراق فتعم كل دعوة والجواب أنه ان كان عاما من حيث اللفظ فهو مخصوص بالنصوص الدالة على وجوب الاجتناب عن اقتراب تلك البدع بلا ضرورة توفيقا بين النصوص مهما أمكن وقد دعت الضرورة الى الصبر فيما اذا علم بعد الحضور لانه قد لزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا علم قبل الحضور اذ لم يلزمه ذلك هناك كما بينه المصنف هناك فافترقا (قوله ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام كذا في العناية وهذا القدر من التعليل كاف في بيان دلالة المسئلة على أن الملاهي كلها حرام هو الصحيح المختار عندي وقد زاد جمهور الشراح على ذلك كلاما آخر حيث قالوا فاللعب وهو اللهو حرام بالنص قال النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان زيادة قولهم بالنص في قولهم فاللعب وهو اللهو حرام بالنص يدل على أن الدليل على حرمة اللهو هو النص والكلام في دلالة المسئلة على ذلك فلا يتم التقريب بخلاف ما اذا لم يؤت بتلك الزيادة اذ يكون قولهم فاللعب وهو اللهو حرام اذ ذاك متفرعا على ما قبله وهو اطلاق محمد اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فيصير حاصل التعليل أن محمدا لما أطلق اسم اللعب والغناء في هاتيك المسئلة ولم يقيده بنوع علم أن اللعب الذي هو اللهو حرام مطلقا وهو جيد مفيد للمدعى وأما ثانيا فلان قولهم وهذا الذي ذكره محمد ليس من هذه الثلاث فكان باطلا ينافي قولهم في أول التعليل لان محمدا أطلق اسم اللعب والغناء اذ على تقدير أن لا يكون ما ذكره محمد في هاتيك المسئلة من هذه الثلاث يلزم أن لا يكون اسم اللعب فيهما مطلقا بل أن يكون مقيدا بغير هذه الثلاث لا يقال مرادهم باطلاق محمد اسم اللعب اطلاقه بالنسبة الى ما عدا هذه الثلاث لا بالنسبة الى كل لعب فلا تنافي لانا نقول لا يساعده لفظ محمد لانهم انما أخذوا اطلاق اسم اللعب من قوله فوجد ثمة اللعب والغناء ولا يخفى أن قوله المذكور انما يقتضي الاطلاق بالنسبة الى جنس اللعب لا بالنسبة الى بعض منه وهو ما عدا الثلاث المذكورة ثم أقول بقي شئ في أصل كلام المصنف وهو أنه لو اعتبرت دلالة المسئلة المذكورة على أن الملاهي كلها حرام وجاز العمل بهذه الدلالة لزم القول بحرمة الصور الثلاث المستثناة في الحديث أيضا ولم يقل بها أحد اللهم الا أن يقال تلك الثلاث مستثناة في كلام محمد تقديرا بناء على كونها مستثناة في الحديث صريحا ويجعل شهرة الحديث قرينة على ذلك ثم ان صاحب العناية قال

وقوله (ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام) لان محمدا رحمه الله أطلق اسم اللعب والغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب وهو اللهو حرام لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه لفرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله وقوله (بضرب القضيب) عني به خشب الحارس

(قال المصنف ولو علم قبل الحضور لا يحضره) أقول فيه كلام لان الحديث ينتظمه (قوله لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب الخ) أقول المراد بها أمور الدنيا أعني ما لا يتوصل به الى الفوز الآجل (قوله ليس بحرام) أقول يعني مطلقا (قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو الخ) أقول لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى ثم ان الاولى أن يجاب بأن الكلام على التشبيه فليتأمل (قوله وهو ما استثناه النبي عليه الصلاة والسلام) أقول فيه نظر يظهر وجهه بالنظر في كتب التفاسير

وكذا قول أبي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

لا يقال الحياة الدنيا لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو والحياة الدنيا ليست بحرام لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام وهو ما استثناه النبي صلى الله عليه وسلم في قوله لهو المؤمن باطل الا في ثلاث تأديبه فرسه ورميه عن قوسه وملاعبته مع أهله انتهى كلامه أقول أراد بالقياس في قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام القياس المنطقي الذي ذكر في السؤال على الشكل الثالث من الاشكال الاربعة بقسمة الاقتراني وبالحاصل منه نتيجته وأشار بقوله بعض اللهو واللعب الى جزئية تلك النتيجة بناء على أن الشكل الثالث لا ينتج الا جزئية كما تقرر في موضعه فبطل قول بعض الفضلاء هنا لكن القياس الاول يقتضي الكلية كما لا يخفى فكأنه غفل عن كون القياس المذكور على الشكل الثالث أو عن كون نتيجة الشكل الثالث جزئية لا غير وقال بعض المتأخرين هنا ان شرط انتاج الشكل الثالث كلية احدى مقدمتيه وهي ههنا منتفية انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح اذ الظاهر أن كلتا مقدمتي القياس المذكور كليتان صغراهما موجبة كلية وكبراهما سالبة كلية وان حمل السلب في الثانية على رفع الايجاب الكلي دون السلب الكلي فكلية الاولى مقررة وأداة سور الكلية هي اللام الاستغراقية الداخلة على الحياة الدنيا وليست أداة سورها منحصرة في لفظة كل بل كل ما يدل على الكلية من الالفاظ فهو أداة سورها كما صرحوا به ثم أقول في الجواب الذي ذكره صاحب العناية نظر فان قوله لان الحاصل من هذا القياس بعض اللهو واللعب ليس بحرام جيد وأما قوله وهو ما استثناه النبي عليه السلام فلا لان القياس المذكور انما ينتج أن بعض اللهو واللعب وهو الحياة الدنيا ليس بحرام فان الذي كان حدا أوسط في ذلك القياس هو الحياة الدنيا فهي المراد بالبعض في النتيجة ونظير هذا ما اذا قلنا كل انسان حيوان ولا شيء من الانسان بفرس فانه ينتج أن بعض الحيوان الذي هو الانسان ليس بفرس لا أن بعضه أي بعض كان ليس بفرس والا لم يكن للحد الاوسط تأثير ودخل في النتيجة وليس كذلك قطعا وهذا كله غير خاف على من له دربة بعلم الميزان فاذا كانت النتيجة في القياس المذكور أن بعض اللهو واللعب الذي هو الحياة الدنيا ليس بحرام فلا معنى لتخصيصه بالصور الثلاث المستثناة في الحديث لان ما لا يحرم من أمور الحياة الدنيا كثير لا يحصى فما الوجه للتخصيص على أن ما ذكره من الجواب لا يحسم مادة السؤال لامكان أن يورد السؤال بصورة القياس الاستثنائي ويقال لو كانت الملاهي كلها حراما لكانت الحياة الدنيا أيضا حراما لانها لعب ولهو لقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو ولكن الحياة الدنيا ليست بحرام ينتج أن الملاهي كلها ليست بحرام ولا شك أن الجواب المذكور لا يتمشى حينئذ فالصواب في الجواب أن يقال ليس المراد بقوله تعالى اعلموا أنما الحياة الدنيا لعب ولهو أنها لعب ولهو حقيقة بل المراد والله أعلم أنها كلعب ولهو على طريق التشبيه البليغ يعني أنها كاللعب واللهو في سرعة فنائها وانقضائها صرح به في التفسير فلا يلزم من عدم حرمة الحياة الدنيا عدم حرمة اللعب واللهو أيضا كما لا يخفى (قوله وكذا قول أبي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون) يعني ودل أيضا قول أبي حنيفة ابتليت على أن الملاهي كلها حرام لان الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وقد أشار الى هذا القصر بتقديم الجار والمجرور على الفعل في قوله بالمحرم يكون أقول لقائل أن يقول دلالة قوله ابتليت على حرمة ما وجده ثمة مسلمة بناء على أن الابتلاء لا يكون الا بالمحرم وأما دلالته على حرمة كل الملاهي كما هو المدعى فممنوعة كيف وقد قال ابتليت بهذا مرة انتهى ولا شك أن ما ابتلي به مرة لا يكون كل الملاهي بل انما يكون شيأ معينا منها واعترض عليه صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال في شرح الوقاية قالوا قوله ابتليت يدل على الحرمة ويمكن أن يقال ان الصبر على الحرام لاقامة السنة لا يجوز والصبر الذي قاله أبو حنيفة جاز أن يكون جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير

وقوله (وكذا قول أبي حنيفة) معطوف على قوله ودلت المسئلة

﴿فصل فى اللبس﴾ لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية ذكر تفصيل ما يحتاج اليه الانسان وقدم اللبس لكثرة الاحتياج اليه قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء الخ) لما ذكر الحرمة والحل استدل على الحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم انما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة وهو عام فى الذكر والانثى لزم أن يقول (وانما حل للنساء بحديث آخر) فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص فى افادة القطع عندنا أولا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا لئلا يلزم النسخ مرتين فالجواب أنه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم

﴿فصل فى اللبس﴾ قال (لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء) لان النبى عليه السلام نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضى الله عنهم منهم على رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور أمتى حلال لاناثهم ويروى حل لاناثهم

مشتغل ولا متلذذ به انتهى أقول ذلك ساقط لان اجابة الدعوة وان كانت سنة ابتداء الا أنها تصير واجبة بقاء حيث يلزمه حق الدعوة بعد الحضور لالتزامه الاجابة بالحضور كما هو الشأن فى سائر النوافل من الصلاة والصوم ونحوهما فان كلا منها تصير واجبة بالشروع فيها فكان الصبر على الحرام فيما قال أبو حنيفة لاقامة الواجب فيجوز كما فى صلاة الجنازة اذا حضرتها النياحة وقد مر منا مثل هذا الجواب فيما قبل فتذكر ثم ان جواز كون أبى حنيفة جالسا معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مشتغل ولا متلذذ به لا يدفع حرمة ذلك اللهو ولا حرمة الجلوس عليه اذ قد ذكر فى الكافى والشروح أن الصدر الشهيد روى فى كراهية الواقعات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال استماع الملاهى معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ومدلول هذا الحديث أن مجرد الجلوس على اللهو فسق فانى يتصور اختيار ذلك من مثل الامام الاعظم لو لم يعارض وجوب اجابة الدعوة بعد الحضور شر من ذلك فتأمل وقد أورد صاحب الاصلاح والايضاح ما أورده صدر الشريعة مع زيادة بعض من المقدمات سيما فى أول ايراده حيث قال بعد قوله ودل قوله على حرمة كل الملاهى لان الابتلاء بالمحرم يكون كذا قالوا وفيه نظر فان الابتلاء يستعمل فيما هو محظور العواقب ولو كان مباحا ومنه قوله عليه السلام من ابتلى بالقضاء الحديث ثم ان الصبر على الحرام رعاية لحق الدعوة لا يجوز لان السنة تترك حذرا عن ارتكاب المحظور فالظاهر أنه جالس معرضا عن ذلك اللهو منكرا له غير مستمع له فلم يتحقق منه الجلوس على اللهو فعلى هذا لا يكون مبتلى بحرام انتهى وقد نقله بعض المتأخرين بتقصير وتحريف وعزاه فى الحاشية الى صاحب الاصلاح والايضاح ثم قصد رده فأتى بكلام مفصل مشوش قابل للدخل والخرج تركنا ذكره وبيان ما فيه تحاشيا عن الاطناب الممل ومن شاء فليراجع كتابه

﴿فصل فى اللبس﴾ قال صاحب النهاية لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الانسان مما يحتاج اليه بالفصول فقدم اللبس على الوطء لان الاحتياج الى اللبس أشد منه الى الوطء انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية فى هذا المعنى ولكن بعبارة أقصر أقول صدور هذا التوجيه منهما فى غاية الاستبعاد فان مقتضاه الغفلة عما تقدم من الفصل الاول المعقود لبيان الاكل والشرب وما ذكره فيه من مسائل كثيرة متعلقة بالاكل والشرب مقصودة بالذات غير صالحة لان تكون من مقدمات مسائل الكراهية كما ترى والصواب فى وجه الترتيب أن يقال قدم فصل الاكل والشرب لان احتياج الانسان الى الاكل والشرب أشد وعقبه بفصل اللبس فقدمه على فصل الوطء لان احتياج الانسان الى اللبس أكثر من احتياجه الى الوطء لتحقق الاول فى جميع الاوقات دون الثانى وقد أشير الى هذا التوجيه فى معراج الدراية (قوله وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة الى آخره) لما ذكر حرمة لبس الحرير على الرجال وحله للنساء واستدل على الحرمة بما يعم الرجال والنساء لزمه أن يقول وانما حل للنساء بحديث آخر فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا كى لا يلزم النسخ مرتين وهنا لو تأخر

﴿فصل فى اللبس﴾ (قوله لما فرغ من مقدمات مسائل الكراهية) أقول فيه بحث فان أول الفصول معقود لبيان الاكل والشرب كما ترى وقبول الاخبار وغيره مذكور لاجله لتعلقه به والتعميم بمثل التوضى اذا أخبر بنجاسة الماء ليتم الفائدة وهو ظاهر (قوله وقدم اللبس الخ) أقول بل المقدم هو الاكل والشرب لشدة الاحتياج (قوله واستدل على الحرمة بقوله عليه الصلاة والسلام انما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة وهو عام فى الذكر والانثى) أقول لم يتعرض لعموم النهى لاظهرية العموم فيما ذكره مع أنه فسر قول المصنف لهما العمومات بالنهى عن لبس الحرير أيضا لاحتمال توهم دعوى الخصوص بالرجال فى النهى مستندا بلفظ لا تلبسوا (قوله اما أن يكون قبل الاول فينسخ به الخ) أقول فان قيل ينبغى أن ينسخ أيضا فى الوجه الاول قلنا المحرم رجحان فتأمل (قوله أو بعده فيتعارضان) أقول بل ينسخ الاول به فلا غشية للسؤال وهو حاصل الجواب

(الأأن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربعة كالاعلام والمكفوف بالحرير) لما روي أنه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الاموضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة أراد الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال (ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره) وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول أبي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب

قوله عليه السلام هذان حرامان الحديث يلزم النسخ مرتين في حق الاناث فيجعل قوله عليه السلام حل لاناثهم مقدما قلنا قوله انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة يحتمل أن يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور أمتي لان هذا وعيد لا بيان حكم فيحمل عليه تقليلا للنسخ ولان قوله هذان حرامان الحديث نص لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكانا كالظاهر والنص والنص راجح على الظاهر أو نقول الدليل دل على أن مقتضى الحل للاناث متأخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا آية قاطعة على تأخره كذا ذكر السؤال والجواب في شرح تاج الشريعة والكفاية قال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل الحديث الدال على حله لهن اما أن يكون قبل الاول فينسخ به أو بعده فيتعارضان لان العام كالخاص في افادة القطع عندنا أو لا يعلم التاريخ فيجعل المحرم متأخرا ثلا يلزم النسخ مرتين فالجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير وذلك آية قاطعة على تأخره فينسخ به المحرم وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع انتهى كلامه أقول تقرير السؤال على الوجه الذي ذكره صاحب العناية ليس بسديد لان الترديد المثلث المذكور فيه قبيح جدا بل مختل المعنى فانه ان أراد بقوله في الشق الثاني فيتعارضان أنهما حينئذ يتعارضان فيتساقطان فليس بصحيح اذ المؤخر يكون ناسخا للمقدم البتة عند التعارض والتساوي في القوة وانما التساقط فيما اذا لم يعلم التاريخ ولم يمكن الجمع بينهما بطلب المخلص كما تقرر كل ذلك في علم الاصول وان أراد بذلك أنهما يتعارضان و يكون المؤخر ناسخا للمقدم فهو يدفع السؤال عن المقام فلا وجه لدرجه في جانب السؤال وأقول في الجواب الذي ذكره أيضا شئ وهو أنه ذكر في الشروح وسائر المعتبرات أنه قال بعض الفقهاء لبس الحرير حرام على النساء أيضا لعموم النهي ولما حدث الطحاوي عن أبي بكرة عن أبي داود عن شعبة قال أخبرني أبو ذبيان قال سمعت ابن الزبير يخطب يقول يا أيها الناس لا تلبسوا نساءكم الحرير فاني سمعت عمر بن الخطاب يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من لبس الحرير في الدنيا لم يلبسه في الآخرة فقد ظهر أن بعض الفقهاء سيما ابن الزبير رضي الله تعالى عنه أنكروا استعمال النساء الحرير فكيف يتم أن يقال في الجواب انه بعده بدليل استعمالهن اياه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير نكير فتأمل ثم قال صاحب العناية فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره ملحق به بالدلالة انتهى أقول فيه بحث وهو أنه قد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارته واشارته ترجح على دلالته فعلى تقدير أن يكون غير الشخص المشار اليه في قوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان الحديث ملحقا به بالدلالة يلزم أن يرجح الحديث الدال عبارة أو اشارة على حرمة لبس الحرير مطلقا على الذكر والانثى كقوله عليه السلام انما يلبسه من لاخلاق له في الآخرة على هذا الحديث في حق ما أفاده دلالة وهو حل لبس الحرير الذي هو غير الشخص المشار اليه في هذا الحديث للنساء فيلزم أن لا ينتهض هذا الحديث حجة لحل لبس الحرير الغير المشار اليه في الحديث للنساء فمن أين ثبت العموم (قوله ولا باس بتوسده والنوم عليه عند أبي حنيفة وقالا يكره) قال الشراح يعني

وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان اشارة الى جزئين فمن أين العموم أجيب بأن المراد الجنس ولئن كان شخصا فغيره يلحق به بالدلالة وقوله (قالا و يكره) يعني للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس

(قوله وتكرار النسخ بالدليل غير ممتنع) أقول على أن الاباحة الاصلية ليست بحكم شرعي فلا يلزم تكرر النسخ على ما حقق في مقامه (قال المصنف الأأن القليل عفو وهو مقدار ثلاثة أصابع أو أربع) أقول الاصبع يذكر ويؤنث فذكر في ثلاثة وأنث في أربعة (قوله وقالا يكره يعني للرجل والمرأة جميعا) أقول كيف يقولان في قوله عليه الصلاة والسلام حلال لاناثهم

لهما العمومات ولانه من زى الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام وقال عمر رضى الله عنه اياكم وزى الاعاجم وله ماروى أنه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله ابن عباس رضى الله عنهما مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ماعرف قال (ولا بأس بلبس الحرير والديباج فى الحرب عندهما) لماروى الشعبى أنه عليه السلام رخص فى لبس الحرير والديباج فى الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب فى عين العدو لبريقه (ويكره عند أبى حنيفة) لانه لافصل فيماروينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذى لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لايستباح الالضرورة

للرجل والمرأة جميعا بخلاف اللبس ومأخذهم الخلاصة فانه قال فيها والرجل والمرأة فى هذا سواء بخلاف اللبس وعن هذا قال فى النهاية كذا فى الخلاصة وقال فى معراج الدراية ذكره فى الخلاصة أقول تعميم قول الامامين هنا للمرأة أيضا مشكل فان قول النبى صلى الله عليه وسلم حلال لاناثهم ليس بمقيد باللبس بل الظاهر أنه يعم التوسد والنوم عليه أيضا وهما مع كونهما مستدلين على مدعاهما ههنا بالعمومات كيف يتركان العمل بعموم هذا الحديث المشهور الذى روته جماعة من كبار الصحابة رضى الله عنهم (قوله لهما العمومات) قال صاحب النهاية وهى ماذكره من قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة وماروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لانى رأيت عليكم ثياب أهل النار انتهى واقتفى أثره صاحب العناية فى بيان المراد من العمومات بهذه المذكورات أقول حمل العمومات على هذه المذكورات لايكاد يتم لان مدلول كل من هذه المذكورات انما هو حرمة لبس الحرير والكلام ههنا فى توسده والنوم عليه والظاهر أنهما ليسا بلبس اذلا يقال لمن توسد شيأ أونام عليه أنه لبسه لافى اللغة ولافى العرف فانى يوجد العموم اللهم الاأن يقال التوسد والافتراش وان لم يكونا لبسا فى الحقيقة الا أنهما فى حكم اللبس فى تحقق الاستعمال والانتفاع بهما فصارا ملحقين باللبس عندهما وكان مرادهما بالعموم هو العموم دلالة لاعبارة لكنه تعسف جدا كما لايخفى وقال تاج الشريعة فى بيان العمومات وهى هذان حرامان الحديث وقوله عليه السلام لان أتكئ على جمرة الغضا أحب الى من أن أتكئ على مرفقة حرير وعن على رضى الله عنه أنه أتى بدابة على سرج جهاحرير فقال هذا لهم فى الدنيا ولنا فى الآخرة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية فى هذا البيان أقول هذا أشبه من الاول ولكن فيه أيضا شئ فان العموم فى الحديث الاول ظاهر حيث لم يقيد الحرمة فيه بشئ من اللبس والتوسد وغيرهما وأما فى الاخيرين فلالان الثانى مخصوص بالاتكاء والثالث مخصوص بما يفعل فى السرج من القعود والافتراش فلم يظهر فى شئ منهما العموم الاأن ينظر فى الثالث الى مجرد قوله هذا لهم فى الدنيا ولنا فى الآخرة مع قطع النظر عما قبله فحينئذ يحتمل العموم كما ترى (قوله والمحظور لايستباح الالضرورة) قال بعض المتأخرين قوله والمحظور لايستباح الالضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غيره مباح فى غير الحرب أيضا ففى التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلاحاجة الى استباحة الاعلى ولوحملنا المعنى على المحظور لايستباح الالضرورة فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لايصار الى استباحة الاعلى كان الكلام من قبيل الايجاز المخل الى هنا كلامه أقول ليس هذا بشئ فان جميع مقدماته مجروح أماقوله والمحظور لايستباح الالضرورة يوهم أن ما لحمته حرير وسداه غير مباح فى غير الحرب أيضا فلان ذلك الايهام انما يتصور أن لو تحققت الضرورة فى غير الحرب أيضا وليس فليس وأماقوله فحق التعبير والضرورة اندفعت باباحة الادنى فلاحاجة الى استباحة الاعلى فلان حق التعبير كيف يكون ذلك ويرد عليه أن يقال يجوز أن يكون استباحة الاعلى للتوسعة بها

وقوله (لهما العمومات) يريد به قوله نهى عن لبس الحرير وقوله انما يلبسه من لاخلاق له فى الآخرة وما روى عن عمر رضى الله عنه أنه استقبل جيشا من الغزاة رجعوا بغنائم ولبسوا الحرير فلما وقع بصره عليهم أعرض عنهم فقالوا لم أعرضت عنا قال لانى أرى عليكم ثياب أهل النار والمرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء وقوله (والجامع كونه نموذجا) يريد به أن المستعمل يعلم بهذا المقدار لذة ما وعدله فى الآخرة منه ليرغب فى تحصيل سبب وصوله اليه وقوله (لافصل فيماروينا) يريد به قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتى

(قوله يريد به قوله نهى عن لبس الحرير) أقول التوسد والنوم عليه ليس لبسا فكيف يستدل به الاأن يقال ذلك فى معناه وقدمر مثله فى الفصل الاول

ومارواه محمول على المخلوط قال (ولا بأس بلبس ماسداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره) لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال أبو يوسف أكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال (وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب) للضرورة (ويكره في غيره) لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا

لا للحاجة اليها فلا بد في دفع ذلك من المصير الى قول المصنف والمحظور لا يستباح الا لضرورة وأما قوله ولو حملنا المعنى الى قوله كان الكلام من قبيل الايجاز المخل فلانه انما يكون الكلام على ذلك المعنى من قبيل الايجاز المخل أن لو كان قوله فاذا أمكن اندفاعها بالادنى منه لا يصار الى استباحة الاعلى مقدرا في كلام المصنف وأما اذا كان مضمون ذلك القول مفهوما من المقدمة السابقة وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط كما هو حقيقة الحال فلا يوجد الايجاز المخل في الكلام الذي ذكره المصنف كما لا يخفى وكأن ذلك البعض لم يلاحظ ارتباط هذه المقدمة أعني قوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة بالمقدمة السابقة عليها وهي قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط ولا شك أن قوله والضرورة اندفعت بالمخلوط شروع في الجواب عن دليلهما العقلي وهو قولهما ولان فيه ضرورة الخ وقد اعترف به ذلك البعض في شرحه المقام ثم لا يذهب على الفطن أن الجواب عن ذلك لا يتم بمقدمة واحدة فقوله والمحظور لا يستباح الا لضرورة من تمام الجواب والمعنى أن المحظور الشرعي لا يستباح الا لضرورة والضرورة فيما نحن فيه قد اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك فلا مجال لاستباحة الخالص منه فالمقدمة الثانية في تقرير المصنف مقدمة في المعنى الا أنه أخرها في الذكر لكون مساس المقدمة الاولى بدليلها العقلي أكثر وتأثيرها في الجواب عن ذلك الدليل أظهر فلا غبار في كلام المصنف ههنا أصلا تأمل ترشد (قوله ومارواه محمول على المخلوط) أقول فيه نظر لان مارواه ترخيص النبي صلى الله عليه وسلم في لبس الحرير والديباج في الحرب والحمل على المخلوط ان صح في الحرير لا يصح في الديباج لان الديباج في اللغة والعرف ما كان كله حريرا قال في المغرب الديباج الذي سداه ولحمته ابريسم وقال الشراح جملة وجوه هذه المسئلة ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة لا يجوز وعندهما يجوز والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب دون غيره فقد صرحوا في كلامهم هذا بأن الديباج ما كان كله حريرا فلا مجال للحمل على المخلوط في حقه (قوله ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى) قال جمهور الشراح في تعليل هذا لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما واللحمة آخرهما انتهى وقال بعض المتأخرين وقد يقال لان الثوب لا يكون ثوبا الا بهما والشئ اذا تعلق وجوده بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا أقول لا يخفى أن المصنف لم يعتبر في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب ولم يلتفت فيه الى المقدمة القائلة اذا تعلق وجود شئ بشيئين يضاف الى آخرهما وجودا فيكون كل مما ذكر دليلا مستقلا منقطعا عن الآخر يرشدك اليه قول الزيلعي لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة أو نقول الثوب لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة انتهى لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا فالتعويل على الدليل الثاني ولهذا عدل عنه صاحب الكافي وقال ولانه بالنسج يصير ثوبا وهو باللحمة والسدى فيضاف كونه ثوبا الى آخر الامرين وهو اللحمة وجعلت حكما في الاباحة ثم الفرق بين ماذكره المصنف وبين مانقلناه من

وقوله (والخز مسدى بالحرير) قيل هو اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان في الماء وجملة وجوه هذه المسائل ثلاثة الاول ما يكون كله حريرا وهو الديباج لا يجوز لبسه في غير الحرب بالاتفاق وأما في الحرب فعند أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز وعندهما يجوز وقد مر الوجه من الجانبين والثاني ما يكون سداه حريرا ولحمته غيره فلا بأس بلبسه في الحرب وغيره لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا واللحمة كذلك والثالث عكس الثاني وهو مباح في الحرب للضرورة وهو ايقاع الهيبة في عين العدو لبريقه ودفع معرة السلاح ولا ضرورة في غيره فيكون مكروها وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة روى هشام عن محمد رحمه الله أنه ما كان يرى باللباس المرتفع جدا بأسا قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه رداء قيمته ألف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم وأبو حنيفة كان يرتدي برداء قيمته أربعمائة دينار وقد قال الله تعالى قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده

قال (ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب) لما روينا (ولا بالفضة) لانها في معناه (الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على أن التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عليه السلام على رجل خاتم صفر فقال مالي أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار

الدليلين مع كونه ظاهرا خفي على بعض الشراح حيث علل الاول بالثاني الى هنا لفظ ذلك البعض أقول لم يصب ذلك في رأيه ههنا بل خرج عن سنن السداد اذ لا يخفى على ذي مسكة أن الدليل الذي ذكره المصنف لا يفيد المدعى بدون المصير الى المقدمة القائلة ان الحكم اذا تعلق بشيئين يضاف الى آخرهما لان النسج انما يحصل باللحمة والسدى معا لا باللحمة وحدها اذ النسج انما هو تركيب اللحمة بالسدى كما صرحوا به فلا يثبت كونا لا اعتبار باللحمة دون السدى الا بملاحظة تلك المقدمة فاذا لم يفد ماذكره المصنف المدعى بدون المصير الى تلك المقدمة لم يبق احتمال أن يكون هذا دليلا مستقلا وتلك المقدمة دليلا آخر فلا جرم نبه جمهور الشراح على كون تلك المقدمة معتبرة فيما ذكره المصنف بضمهم اياها اليه بطريق التعليل لقوله فكانت هي المعتبرة دون السدى وأصابوا فيما فعلوا حيث حملوا الدليل الذي ذكره المصنف على المعنى الصحيح التام مع تحمل كلامه اياه فان عدم اعتباره في التعليل كون اللحمة آخر جزء من الثوب بل ليس اعتبار العدمه وعدم التفاته فيه الى التصريح بتلك المقدمة يجوز أن يكون بناء على ظهور اعتبارها فيه واعتمادا على تقرره في كلمات المشايخ وليس في كلامه ما يمنعه فانه قال والنسج باللحمة بدون القصر عليها فكأنه قال وتمام النسج أو آخر النسج باللحمة والعجب من ذلك البعض أنه مع اعترافه ببطلان ماذكره المصنف بدون اعتبار حديث اضافة الحكم الى آخر الجزأين حيث قال لكن لا يخفى عليك أن القول بأن النسج يكون باللحمة وهم بل هو باللحمة والسدى معا جعل ماذكره المصنف دليلا مستقلا بدون المصير الى تلك المقدمة فاختار بطلان ماذكره المصنف في التعليل حينئذ وشنع على الشراح المصلحين كلامه بعدم الفرق بين ماذكره المصنف وغيره وما غره الا عبارة الزيلعي ولم ينظر أو لم يلتفت الى ما وقع في كلام فحول المشايخ من جعل المجموع دليلا واحدا منهم صاحب البدائع فانه قال في تقرير الدليل المذكور ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه انتهى ومنهم صاحب المحيط فانه أيضا قال في تقرير ذلك لان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج انما يتأتى باللحمة آخرهما فيضاف صيرورته ثوبا على اللحمة فاذا كانت اللحمة من الحرير كان الكل حريرا حكما انتهى ومنهم صاحب الكافي فانه أيضا جمع كما فعله ذلك البعض ثم انه يجوز أن يكون مراد الزيلعي بقوله أو نقول الخ تقرير ذلك الدليل بعبارة أخرى من غير تعرض لقيد النسج لا ذكر دليل آخر مستقل مغاير للاول في المعنى والمآل يرشد اليه أنه قال بعد ذلك ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فتكون العبرة بما يظهر دون ما يخفى انتهى حيث أعاد حرف التعليل وهي اللام في هذا الدليل اشارة الى استقلاله ولو كان مراده بما ذكره بقوله أو نقول الخ ايراد دليل آخر مستقل لاعاد اللام فيه أيضا فتبصر (قوله ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانها في معناه) أقول لمانع أن يمنع كونه في معناه كيف وقد صرح فيما بعد بأنها أدنى منه حيث قال في تعليل حرمة التختم بالذهب على الرجال ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة ولا يخفى أن الادنى لا يكون في معنى الاعلى وتوضيحه أن مقصود المصنف بقوله لانها في معناه اثبات عدم جواز التحلي بالفضة للرجال بدلالة النص الوارد في حرمة الذهب على الرجال وهو قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور

بالذهب لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتي ولا بالفضة لانه في معناه فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم هذان حرامان على ذكور أمتي لكونه خبر الواحد لا يعارض قول الله تعالى قل من حرم زينة الله الآية ولا يقيده لان التقييد نسخ فالجواب أنه مشهور متفق عليه تلقته الامة بالقبول فجاز التقييد به وقوله (وقد جاء في اباحة ذلك آثار) هو ما روي أنه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة فصه منه ونقشه محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رضي الله عنه أنه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام آمن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ فوهبه منه فكان في يده صلى الله عليه وسلم الى أن توفي ثم كان في يد أبي بكر رضي الله عنه الى أن توفي ثم كان في يد عمر رضي الله عنه الى أن توفي ثم كان في يد عثمان رضي الله عنه حتى وقع من يده في البئر فأنفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده فوقع الخلاف والتشويش بينهم بعد ذلك وأتى بلفظ الجامع الصغير لاداء المصر فيه

(ومن الناس من أطلق) منهم شمس الأئمة السرخسي رحمه الله فقال الاصح انه لا بأس به كالعقيق فانه مبارك تختم به النبي صلى الله عليه وسلم ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق جواب الكتاب يعني الجامع الصغير يدل على تحريمه ولانه يتخذ منه الاصنام فأشبه الصفر الذي هو المنصوص عليه (٩٦) وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله هذان حرامان ومن الناس من جوز التختم بالذهب لما روي عن البراء بن عازب رضي الله عنه أنه لبس خاتم ذهب وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان النهي عن استعمال الذهب والفضة سواء فلما حل التختم بالفضة لقلته ولكونه نموذجا وجعل كالعلم في الثوب فكذا في الآخر والجواب انه منسوخ بحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اتخذ خاتما من ذهب فاتخذ الناس خواتيم ذهب فرماه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال لا ألبسه أبدا فرماه الناس وقوله (ويجعل الفص الى باطن كفه) أي لانه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هكذا وقوله (وعن أبي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما) يعني اختلاف المشايخ في قول أبي يوسف فمنهم من ذكر قوله مع أبي حنيفة رحمه الله هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وذكر في الامالي مع قول محمد رحمه الله والكلاب بضم الكاف وتخفيف اللام اسم ماء كانت عنده وقعة لهم وقوله (وهو الصحيح) لان عامة المسلمين استعملوا هكذا في عامة البلدان لدفع الاذى عن الثياب النفيسة وما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وقد جاء في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمسح وضوءه بالخرقة في بعض الاوقات ولا فلم يكن بدعة وحاصله أن كل ما فعل على وجه التجبر فهو مكروه بدعة وما فعل لحاجة وضرورة لا يكره وهو نظير التربع في الجلوس والاتكاء

ومن الناس من أطلق الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه (والتختم بالذهب على الرجال حرام) لما روينا وعن علي رضي الله عنه أن النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم أو النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز أن يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم وأما غيرهما فالافضل أن يتركه لعدم الحاجة اليه قال (ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص) أي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابساله قال (ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة) وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا بأس بالذهب أيضا وعن أبي يوسف مثل قول كل منهما لهما أن عرفجة بن أسعد الكناني أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبي عليه السلام بان يتخذ أنفا من ذهب ولابي حنيفة أن الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث أنتن قال (ويكره أن يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير) لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال (وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق) لانه نوع تجبر وتكبر (وكذا التي يمسح بها الوضوء أو يمتخط بها) وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس

أمتي وقد تقرر في علم الاصول أن شرط دلالة النص أن يكون المسكوت عنه أولى من المنطوق في الحكم الثابت للمنطوق أو مساويا له فيه ولا يجوز أن يكون أدنى منه وليس الامر في الفضة كذلك لما عرفت (قوله ومن الناس من أطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر) أقول الاستدلال على عدم حرمة التختم باليشب بانه ليس بحجر مما لا حاصل له لان ما ليس بحجر قد يكون مما يحرم التختم به بلا خلاف كالحديد والصفر ولم يرد نص في حرمة التختم بالحجر كوروده في الذهب والحديد والصفر حتى يكون المقصود من نفي كونه حجرا هو الاحتراز عن كونه مورد نص الحرمة بل ورد النص في جواز التختم ببعض الاحجار كالعقيق فانه روي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك كما ذكر في الكافي وغيره فكان التشبث بكونه حجرا أظهر نفعا في اثبات مدعى من قال بعدم حرمة التختم به من نفي كونه حجرا وعن هذا قال الامام قاضيخان في شرح الجامع الصغير وفي فتاواه ظاهر لفظ الكتاب يقتضي كراهة التختم بالحجر الذي يقال له يشب والصحيح أنه لا بأس به لانه ليس بذهب ولا حديد ولا صفر بل هو حجر وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه تختم بالعقيق انتهى كلامه (قوله والتختم بالذهب على الرجال حرام) قال بعض المتأخرين هذا تصريح بما علم من قوله الا بالخاتم الا أنه ذكره توطئة لما فصله من دلائله انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان معنى قوله الا بالخاتم الا أنه يجوز للرجال التحلي بالخاتم لانه استثناء من قوله ولا يجوز للرجل التحلي بالذهب ولا بالفضة والاستثناء من النفي اثبات بلا ريب وما ذكره ههنا حرمة التختم بالذهب على الرجال فكيف يكون هذا تصريحا بما علم من قوله الا بالخاتم والتخالف بين نفي جواز الشئ واثباته ضروري ولو قال هذا تصريح بما فهم من قوله من الفضة في قوله الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة على القول بأن مفهوم

ومعنى قول الشاعر أن الرجل اذا خرج في سفر عمد الى شجر يقال له رتم فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخنى امرأتي وان أصابه وقد انحل قال خانتني هكذا المروى عن الثقات الا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة وهي خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجاتنا في نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم

والتعقاد مصدر بمعنى العقد للمبالغة على وزن التفعال كالتهذار والتلعاب بمعنى الهذر واللعب والله أعلم

(ولا بأس بأن يربط الرجل في اصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة) ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روى أن النبي عليه السلام أمر بعض أصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

﴿فصل﴾ في الوطء والنظر واللمس قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية الا وجهها وكفيها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس رضي الله عنهما ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما أن المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال أخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على أنه لا يباح النظر الى قدمها وعن أبي حنيفة أنه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن أبي يوسف أنه يباح النظر الى ذراعها أيضا لانه قد يبدو منها عادة قال (فان كان لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة) لقوله عليه السلام من نظر الى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيمة

المخالفة معتبر في الروايات بالاتفاق لكان له وجه تأمل

﴿فصل في الوطء والنظر واللمس﴾ لا يذهب على الناظر في المسائل المذكورة في هذا الفصل أن ما يتعلق منها بالوطء انما هي مسئلة جواز العزل عن أمته بغير اذنها وعدم جواز ذلك في الحرة الا باذنها وأن تلك المسئلة مع كون المقصود منها بيان محل جواز العزل وغير محله لا بيان حال الوطء نفسه قد ذكرت في آخر هذا الفصل فالمناسب أن يؤخر ذكر الوطء في عنوان الفصل أيضا فيقال فصل في النظر واللمس والوطء على ترتيب ذكر المسائل الآتية كما وقع في الكافي والانسب من ذلك أن يبدل الوطء بالعزل في التعبير بعد التأخير ليحصل تمام الموافقة بين عنوان الفصل ومسائله ثم ان مسائل النظر أربعة أقسام نظر الرجل الى المرأة ونظر المرأة الى الرجل ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والقسم الاول منها على أربعة أقسام أيضا نظر الرجل الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير فبدأ في الكتاب بأول الاقسام من القسم الاول كما ترى (قوله قال علي وابن عباس رضي الله عنهم ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف) أقول الظاهر أن المقصود من نقل قول علي وابن عباس ههنا انما هو الاستدلال على جواز أن ينظر الرجل الى وجه الاجنبية وكفيها بقولهما في تفسير قوله تعالى الا ما ظهر منها فان في تفسيره أقوالا من الصحابة لا يدل على المدعى ههنا شئ منها سوى قولهما لكن دلالة قولهما على ذلك غير واضح أيضا اذ الظاهر أن موضع الكحل هو العين لا الوجه كله وكذا موضع الخاتم هو الاصبع لا الكف كله والمدعى جواز النظر الى وجه الاجنبية كله والى كفيها بالكلية فالاولى في الاستدلال على ذلك هو المصير الى ما جاء من الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفيها منها ما روى أن امرأة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه

﴿فصل في الوطء والنظر واللمس﴾

مسائل النظر أربع نظر الرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى الرجل ونظر المرأة الى المرأة والاولى على أربعة أقسام نظره الى الاجنبية الحرة ونظره الى من يحل له من الزوجة والامة ونظره الى ذوات محارمه ونظره الى أمة الغير قال (ولا يجوز أن ينظر الرجل الى الاجنبية الخ) القياس أن لا يجوز نظر الرجل الى الاجنبية من قرنها الى قدمها اليه أشار قوله صلى الله عليه وسلم المرأة عورة مستورة ثم أبيح النظر الى بعض المواضع وهو ما استثناه في الكتاب بقوله الا وجهها وكفيها) للحاجة والضرورة وكان ذلك استحسانا لكونه أرفق بالناس قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك علي وابن عباس رضي الله عنهم بالكحل والخاتم والمراد موضعهما وقوله (ولان في ابداء الوجه والكف ضرورة) دليل معقول وهو ظاهر والآنك الرصاص

(قال المصنف ولا بأس بأن يربط الرجل في اصبعه أو خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة) أقول قال العلامة الزيلعي الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهي عنه وذكر في حدود الايمان أنه كفر انتهى

﴿فصل في الوطء والنظر واللمس﴾ (قوله والاولى على أربعة أقسام نظره الى الاجنبية الحرة) أقول الاولى أن يقول الى من لا يحل من الاجنبية الحرة (قوله قال الله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها وفسر ذلك) أقول يعني فسر قوله تعالى ما ظهر

فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على أنه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم أو كان أكبر رأيه ذلك (ولا يحل له أن يمس وجهها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة) لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجليه وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا

وسلم فنظر الى وجهها ولم ير فيها رغبة ومنها ما روى أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا أسماء ان المرأة اذا بلغت المحيض لم يصلح أن يرى منها الا هذا وهذا وأشار الى وجهه وكفيه ومنها ما روى أن فاطمة رضي الله عنها لما ناولت أحد ابنيها بلالا أو أنسا قال رأيت كفها كأنها فلقة قمر أي قطعته فدل على أنه لا بأس بالنظر الى وجه المرأة وكفها (قوله وهذا اذا كانت شابة تشتهى أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة) قال بعض المتأخرين يريد أن حرمة مس الوجه والكف تختص بما اذا كانت شابة أما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمسهما انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ لم يذكر في هذا الكتاب ولا في غيره من كتب الفقه عدم البأس بمس وجه المرأة الاجنبية وان كانت عجوزا وانما المذكور هنا وفي سائر الكتب عدم البأس بمس كفها اذا كانت عجوزا والاصل فيه ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصافح العجائز في البيعة ولا يصافح الشواب كما ذكر في المحيط وغيره وما روى عن أبي بكر وعبد الله بن الزبير كما ذكر في الكتاب نعم ظاهر الدليل العقلي وهو قوله لانعدام خوف الفتنة لا يأبى عن التعميم لكن لا مجال لاختراع مسئلة بمجرد ذلك بدون أن تذكر في الكتب نقلا عن الائمة أو المشايخ ثم ان تاج الشريعة اعترض على قوله لانعدام خوف الفتنة وأجاب حيث قال فان قلت هذا تعليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة قلت المراد امرأة تدعو النفس الى مسها أما اذا تهربت العين من رؤيتها وانزوى الخاطر من لقائها فلا انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية أقول يرد الاعتراض المذكور على قول المصنف فيما بعد وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما قلنا فان قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانعدام خوف الفتنة كما لا يخفى وقد صرح به بعض الشراح ولا يمشي الجواب المزبور هناك اذ الظاهر أن تلك المسئلة فيما اذا كانت شابة تشتهى يدل على ذلك عطفها على قوله اذا كانت عجوزا لا تشتهى ولا شك أن الشابة المشتهاة ممن تدعو النفس الى مسها فكانت داخلة تحت النص المذكور فلا محالة يكون التعليل بقوله لما قلنا تعليلا في مقابلة النص وهو لا يجوز كما عرف في علم الاصول فان قلت تلك المسئلة مقيدة بأن يأمن على نفسه وعليها فلا تحقق دعوتها النفس الى مسها في تلك الصورة قلت ان لم تحقق دعوتها النفس الى مسها بالفعل في تلك الصورة فمن شأنها ذلك في كل حال والظاهر أن مراده بالمرأة المذكورة في النص المزبور هي المرأة الصالحة لان تدعو النفس الى مسها الا التي تحققت فيها دعوتها اليه بالفعل والا لزم أن لا يثبت حرمة مس الرجل الشاب المرأة الاجنبية الشابة اذا أمن على نفسه وعليها تأمل تقف (قوله وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها) قال بعض المتأخرين اشتراط أمنه عليها محل تأمل لعدم كون ذلك في وسعه لعدم الوقوف عليه اه أقول يمكن الوقوف عليه بالقرائن الحالية أو بالتجربة في نظائرها فجاز اشتراط أمنه عليها أيضا بناء على ذلك

وقوله (فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة) لقوله صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه لا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك يعني بالثانية أن يبصرها عن شهوة

(قال المصنف فاذا خاف الشهوة لم ينظر الخ) أقول تتميم لحديث فان الحديث انما دل على تحريم النظر عند تحقق الشهوة ولم يكن المدعى ذلك بل تحريمه عند عدم الامن هنا وشتان ما بينهما فضم ذلك اليه ليتم التقريب

لان الختان سنة فى حق الرجال مكرمة فى حق النساء فلا يترك ويجوز للرجل أن ينظر الى موضع الاحتقان لانه مداواة يجوز للمرض والهزال الفاحش لكونه نوع مرض على ماروى عن أبى يوسف رحمه الله واذا جاز الاحتقان جاز للحاقن النظر الى موضعه

(قال المصنف والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها) أقول وحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين فى رواية وفى رواية يكتفى بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما اذا كان لا يشتهى لا يكون المس سببا للوقوع فى الفتنة كالصغيرة ووجه الاولى أن الشاب اذا كان لا يشتهى أن يمس العجوز فالعجوز تشتهى أن تمس الشاب لانها علمت بملاذ الجماع فيؤدى الى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدى الى الاشتهاء من أحد الجانبين لان الكبير كما لا يشتهى أن يمس الصغير لا يشتهى الصغير أيضا أن يمسه لعدم العلم كذا فى شرح الزيلعى وأنت خبير بأنه يجىء ما يخالفه ظاهرا فى الكتاب فى وجه الفرق فيما ذكر فى كتاب الخنثى من الاصل (قال المصنف وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح) أقول لعل المراد اذا خاف الاشتهاء

فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال (ويجوز للقاضى اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد أداء الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى) للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة ولكن ينبغى أن يقصد به أداء الشهادة أو الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح وأما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح أنه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء (ومن أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها) لقوله عليه السلام فيه أبصرها فانه أحرى أن يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة (ويجوز للطبيب أن ينظر الى موضع المرض منها) للضرورة (وينبغى أن يعلم امرأة مداواتها) لان نظر الجنس الى الجنس أسهل (فان لم يقدروا يستر كل عضو منها سوى موضع المرض) ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان (وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل) لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ماروى عن أبى يوسف لانه أمارة المرض

(قوله فان كان لا يأمن عليها لا تحل مصافحتها) قال بعض المتأخرين تخصيص عدم أمنه بكونه عليها غير ظاهر أيضا فان جعلنا الضمير فى عليها النفس يلزم التخصيص من وجه آخر انتهى أقول الضمير فى عليها للمرأة ووجه تخصيص عدم الامن عليها بالذكر ظاهر وهو حصول العلم بحكم عدم الامن على نفسه دلالة من بيان حكم عدم الامن عليها عبارة فانه اذا لم تحل مصافحتها عند عدم الامن عليها لما فيه من تعريض الغير للفتنة فلان لا تحل مصافحتها عند عدم الامن على نفسه أولى لما فيه من المباشرة للفتنة بنفسه (قوله ويجوز للقاضى اذا أراد أن يحكم عليها وللشاهد اذا أراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف أن يشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء وأداء الشهادة) قال بعض المتأخرين وقد يتورد ذلك باباحة النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه ثم قال خطر ببالى ههنا اشكال وهو أن شهود الزنا كما صرحوا فى الكتب بين حسبتين اقامة الحد والتحرز عن الهتك والستر أفضل لقوله صلى الله عليه وسلم للذى شهد به عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وليس فى الحدود حقوق الناس الا فى السرقة ولهذا يجب أن يشهد بالمال فيقول أخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر فلم يكن ما ذكر من التنوير فى شئ أصلا لانعدام الحاجة وانتفاء الضرورة فى الشهادة بالزنا ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود من أن هذا يعنى كون الستر أفضل يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به وأما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من الفواحش وذلك يتحقق بالتوبة وبالزجر فاذا ظهر الشره فى الزنا مثلا وعدم المبالاة به باشاعته فاخلاء الارض بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحد بخلاف من زل مرة أو مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد انتهى أقول ما ذكره بعض شراح الهداية فى كتاب الحدود لا يدفع الاشكال الذى خطر بباله ذلك القائل الا فى مادة جزئية وهى ما اذا وصل الحال الى اشاعة الفاحشة والتهتك بها لا فيما سواها فان الستر فيه أفضل بلا شبهة مع أن النظر الى العورة الغليظة عند الزنا لاقامة الشهادة عليه مباح هناك أيضا

قال (وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي رحمهما الله والركبة عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام أنه قال الركبة من العورة

فكفى بذلك اشكالا فلم يتم قوله ثم دفعته بما ذكره بعض شراح الهداية في كتاب الحدود ثم أقول في دفع ذلك الاشكال بالكلية ان الحاجة الى النظر الى العورة الغليظة عند الزنا والضرورة متحققتان في الشهادة بالزنا مطلقا في تحصيل احدى الحسبتين وهي اقامة الحد باقامة الشهادة على الزنا اذ لا يتيسر اقامة الشهادة عليه بدون النظر الى العورة الغليظة عند الزنا وان لم تتحقق الحاجة اليه ولا الضرورة في تحصيل الحسبة الاخرى وهي التحرز عن التهتك فمن أراد أن ينال الحسبة الاولى يحتاج ويضطر الى النظر اليها فيباح له النظر اليها اذ ذلك اذ يكفي في اباحة ذلك الحاجة اليه والضرورة بالنسبة الى تحصيل خصوص الحسبة ولا يتوقف اباحته على الحاجة اليه والضرورة المطلقتين أي من كل وجه ولا على أن لا يكون فوق تلك الحسبة حسبة أخرى أفضل منها ألا يرى أن من أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس له بأن ينظر اليها وان علم أنه يشتهيها بناء على أن مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة كما سيأتي في الكتاب مع أن الحاجة الى النظر اليها والضرورة انما تتحققان في اقامة تلك السنة لا مطلقا لامكان ترك تزوجها الداعي الى النظر اليها وان كان فوق تلك السنة ما هو أفضل منها من الواجبات بل من بعض السنن المؤكدات فقد اندفع ذلك الاشكال بحذافيره (قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته) قال صاحب العناية هذا هو القسم الثاني من أصل التقسيم أقول ليس الامر كذلك بل هو القسم الثالث منه كما لا يشتبه على من نظر الى تقسيمه في صدر هذا الفصل (قوله وبهذا ثبت أن السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله أبو عصمة والشافعي) قال صاحب النهاية وأبو عصمة هو سعد بن معاذ المروزي فانه يقول ان السرة أحد حدى العورة فتكون من العورة كالركبة ثم قال وقوله والشافعي بالعطف على أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة عندهما كانه وقع سهوا لوجهين أحدهما ما ذكرنا من تعليل أبي عصمة في اثبات أن السرة عورة بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة فان هذا التعليل انما يستقيم لمن يقول بأن الركبة عورة والشافعي لا يقول بكون الركبة عورة والثاني أن الشافعي علل في اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة لان الحد لا يدخل في المحدود وهذا تنصيص منه على أن السرة ليست بعورة اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال قيل عطف الشافعي على أبي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء انتهى أقول قد ذكر صاحب النهاية لعدم استقامة العطف المزبور وجهين وقد نقل صاحب العناية أحد ذينك الوجهين وأجاب عنه كما ترى ولم يتعرض للوجه الآخر أصلا فكأنه لم يظفر بالجواب عنه فبقي الاشكال في العطف الواقع في كلام المصنف من ذلك الوجه ولا بد من دفعه

وأبدى

على أبي عصمة غير مستقيم لان هذا التعليل انما يستقيم على قول من يقول ان الركبة عورة وهو لا يقول به وهذا ساقط لان المصنف رحمه الله لم يعلل بهذا التعليل في هذا الكتاب وانما ذكر المذهب فيجوز أن يكون مذهبهما واحدا والمأخذ متعددا فالمذكور يكون تعليلا لابي عصمة وتعليل الشافعي غير ذلك وهو أن السرة محل الاشتهاء والركبة عورة خلافا للشافعي رحمه الله استدلالا بالغاية فانها لا تدخل تحت المغيا والفخذ عورة خلافا لاهل الظاهر فانهم يقولون العورة هي السوءة دون ما عداها لقوله تعالى فبدت لهما سوآتهما والمراد به العورة وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام أبو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا فيه على العادة (قوله لانه لا معتبر بها) أي بالعادة (مع وجود النص) جواب عن قول محمد بن الفضل متعلقا بقوله وما دون السرة الى منبت الشعر عورة وقوله (وقد روى أبو هريرة رضي الله عنه) جواب عن قول الشافعي رحمه الله ودليل على أن الركبة عورة

(قوله هذا هو القسم الثاني) أقول بل الثالث (قوله قيل عطف الشافعي) أقول القائل صاحب النهاية (قوله الكماري) أقول بفتح الكاف

وأبدى الحسن بن على رضى الله عنه سرته فقبلها أبو هريرة رضى الله عنه وقال لجرهد وار فخذك أما علمت أن الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفى مثله يغلب المحرم وحكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج

فأقول فى الجواب القاطع لعرق الاشكال ان فى السرة والركبة ثلاث روايات عن الشافعى احداها أن السرة عورة والركبة ليست بعورة كما هو مدلول كلام المصنف ههنا وفى كتاب الصلاة أيضا والثانية انهما ليستا بعورة كما ذكر فى وجيز الشافعية والثالثة أنهما عورة وذكر صاحب الغاية هاتين الاخيرتين وقال الاولى منهما وهذا أصح الوجهين واذ قد تقرر هذا فجاز أن يكون تعليل الشافعى فى اثبات أن الركبة ليست من العورة بقوله انها حد للعورة فلا تكون من العورة كالسرة مبنيا على قوله فى الرواية الثانية وهذا لا ينافى اشتراكه مع أبى عصمة فى قوله الآخر الواقع فى الرواية الثالثة عنه بل لا ينافى أيضا اشتراكه معه فى تعليله بقوله انها أحد حدى العورة فتكون عورة كالركبة بناء على ذلك القول فلا محذور فى العطف المذكور أصلا تأمل تقف (قوله وأبدى الحسن بن على رضى الله عنهما سرته فقبلها أبو هريرة) هذا جواب عن قول أبى عصمة والشافعى أخرجه أحمد فى مسنده وابن حبان فى صحيحه والبيهقى فى سننه عن ابن عون عن عمير بن اسحق قال كنت أمشى مع الحسن بن على رضى الله عنهما فى بعض طرق المدينة فلقينا أبو هريرة فقال للحسن اكشف لى عن بطنك جعلت فداءك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبله قال فكشف عن بطنه فقبل سرته ولو كانت من العورة لما كشفها قال الشارح العينى بعد بيان هذا المحل بهذا المنوال وفى معجم الطبرانى خلاف هذا حدثنا أبو مسلم الكسى حدثنا أبو عاصم عن ابن عون عن عمير بن اسحق أن أبا هريرة لقى الحسن بن على رضى الله عنهم فقال له ارفع ثوبك حتى أقبل حيث رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل فرفع عن بطنه ووضع يده على سرته انتهى وقال بعض المتأخرين بعد ما نقل ما ذكره العينى قلت لا مخالفة بين الروايتين لامكان الجمع بين المس والتقبيل ولو سلم فذلك لا يضرنا بل يثبت مدعانا بالاولوية انتهى أقول كان ذلك البعض خبط فى استخراج ما رواه الطبرانى فى معجمه حيث حسب أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع أبو هريرة يده على سرة الحسن فبنى عليه عدم المخالفة بين الروايتين بامكان الجمع بين المس والتقبيل يعنى أن وضع أبى هريرة يده على سرة الحسن مس لها وهو لا ينافى تقبيله اياها فلا مخالفة بينهما ثم بنى عليه أيضا كلامه التسليمى يعنى لو سلم المخالفة بينهما فما رواه الطبرانى لا يضرنا بل يثبت مدعانا ههنا وهو أن لا تكون السرة من العورة بالاولوية فان عدم جواز مس العورة بوضع اليد عليها أولى من عدم جواز تقبيلها فاذا وضع أبو هريرة يده على سرة الحسن ولم يمنعه الحسن ثبت أن السرة ليست من العورة لكن لا يخفى على من له أدنى تمييز أن معنى قوله ووضع يده على سرته وضع الحسن بن على يده على سرة نفسه وعن هذا قال ووضع يده بالواو دون فوضع يده بالفاء كما قال فى الرواية الاولى فقبل سرته والاسلوب المقرر فى الحكاية عن الاثنين ادخال الفاء عند الانتقال الى حكاية قول الآخر أو فعله أو ترك العاطف والسلوك مسلك الاستئناف كما فى قوله تعالى قالوا سلاما قال سلام واذ قد كان معنى رواية الطبرانى ووضع الحسن يده على سرته كانت هذه الرواية مخالفة للرواية الاولى لعدم تيسر تقبيل سرة الحسن عند وضعه يده على سرته ثم انه ان كان مقصود الحسن رضى الله عنه من وضع يده على سرته فى رواية الطبرانى التحرز عن انكشاف نفس السرة عند رفع ثوبه عن بطنه يشعر فعله المذكور بكون السرة من العورة وان كان مقصوده منه التحرز عن انكشاف ما تحت السرة لا يدل فعله المذكور على

وقوله (وأبدى الحسن بن على رضى الله عنهما) جواب عن قول أبى عصمة والشافعى رحمهما الله وقوله (وقال عليه السلام لجرهد) جواب عن قول أهل الظاهر وقوله (ولان الركبة) دليل معقول على كون الركبة عورة والباقى ظاهر

وقوله (لانهما) أى لان النظر والمس فيما ليس بعورة سواء وقوله (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه) عكس هذا القسم الذى نحن فيه وقوله (ووجه الفرق) أى فرق ماذكر فى الاصل من جعل عدم نظرها اليه مستحبا وعدم نظره اليها واجبا هو أن الشهوة عليهن غالبة والغالب كالمتحقق غالبا ألا ترى أن وجوب العمل بخبر الواحد والقياس بسبب غلبة الصدق وغلبة الصحة لا بحقيقتهما وان أبا حنيفة جوز الصلاة فى السفينة قاعدا لان دوار الرأس فيها غالب واذا كان كذلك فاذا نظر الرجل اليها مشتهيا وجدت الشهوة فى الجانبين فى جانبه حقيقة لانه هو المفروض وفى جانبها اعتبارا لقيام الغلبة مقام الحقيقة واذا نظرت اليه مشتهية لم توجد الشهوة من جانبه حقيقة لان الفرض انه لم ينظر ولا اعتبار لعدم الغلبة فكانت الشهوة من جانبها فقط والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق من جانب واحد لامحالة قال (وتنظر المرأة من المرأة الخ) هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز للمرأة أن تنظر اليه من المرأة لوجود المجانسة وعدم الشهوة غالبا والغالب كالمتحقق كما فى نظر الرجل الى الرجل والضرورة الى الانكشاف فيما بينهن متحققة قال صاحب النهاية أى فى الحمام وهذا دليل على أنهن لا يمنعن عن الدخول فى الحمام خلافا لما يقوله بعض الناس لان العرف الظاهر فى جميع البلدان بناء الحمامات للنساء وتمكينهن من دخول الحمامات دليل على صحة ما قلنا وحاجة النساء الى دخول الحمامات فوق حاجة الرجال لان المقصود تحصيل الزينة والمرأة الى هذا وعن

(وما يباح النظر اليه للرجل من الرجل يباح المس) لانهما فيما ليس بعورة سواء قال (ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمنت الشهوة) لاستواء الرجل والمرأة فى النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفى كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبى بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ فان كان فى قلبها شهوة أو أكبر رأيها أنها تشتهى أو شكت فى ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق أن الشهوة عليهن غالب وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة فى الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة فى جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين فى الافضاء الى المحرم أقوى من المتحقق فى جانب واحد قال (وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما فى نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن

كون نفس السرة من العورة فلم يحصل منه جزم بأحد الطرفين (قوله وما يباح للرجل النظر اليه من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء) أقول لقائل أن يقول استواؤهما فيه ممنوع كيف وقد مر أن وجه الاجنبية وكفيها ليستا بعورة حيث يجوز للرجل أن ينظر اليهما اذا أمن الشهوة ولكن لا يجوز له أن يمسهما وان أمن الشهوة فلم يستو النظر والمس فيهما ويمكن أن يقال المراد أنهما سواء فيه ما لم يرد النص على خلاف ذلك كما فى الصورة المارة فان النبى صلى الله عليه وسلم قال من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيامة فما ذكر ههنا من حديث الاستواء مقتضى القياس وما مر موجب النص فلا تنافى بينهما تدبر (قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا أمن الشهوة) قال صاحب العناية قوله ويجوز للمرأة أن تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه عكس هذا القسم الذى نحن فيه أقول ليس الامر كذلك فى الظاهر اذ الظاهر أن المراد بالقسم الذى نحن فيه هو الذى ذكر قبيل هذه المسئلة أعنى قوله وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته فانه الصالح لان يعنون بما نحن فيه ولا يذهب عليك أن هذا الذى ذكر هنا ليس بعكس ذلك وانما هذا عكس القسم الاول المذكور فى صدر الفصل ويحتمل أن يكون مراده بالقسم الذى نحن فيه هو القسم الاول المذكور فى صدر الفصل بناء على أن المصنف لما لم يستوف بعد أقسام ذلك القسم الاول بل أدخل فى خلالها الاقسام الثلاثة الاخر من أصل التقسيم كما ستحيط به خبرا لم يكن فارغا عن بيان ذلك القسم بالكلية بل كان فى عهدته الآن بيان ما بقى منه فبهذا الاعتبار جاز أن يعبر عنه الشارح المزبور بالقسم الذى نحن فيه وان كان مستبعدا عند من له سلامة الفطرة ثم ان بعض المتأخرين طعن فى تحرير هذه المسئلة حيث قال ولو نكر الرجل الثانى كان أولى أقول ليس هذا بشئ اذ لا يخفى على ذى مسكة أن المقصود من هذه المسئلة بيان حال الجنس مطلقا لا بيان بعض من أفراده وان كان غير معين فالاولى أن يعرف الرجل فى الموضعين معا تعريف الجنس لا أن ينكر الثانى ولا الاول تأمل تفهم (قوله وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل) قال صاحب العناية

(قوله عكس هذا القسم الذى نحن فيه) أقول هذا هو القسم الثانى فى ترتيبه وهو عكس القسم الاول (قوله لان الفرض أنه لم ينظر) أقول متى فرض ذلك

وعن أبي حنيفة رحمه الله ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول أصح قال (وينظر الرجل من أمته التي تحل له وزوجته الى فرجها) وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر أولى الا أن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى أن ينظر ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها

هذا هو القسم الثالث من أصل التقسيم أقول بل هذا هو القسم الرابع منه كما لا يشتبه على أحد من أولى النهى ولم أدر كيف خفي على مثل ذلك والعجب أنه قد ابتلى بمثليه فيما مر كما عرفته وأصر عليه ولعل حكمة زلته في هذا الفصل ما وقع منه من سوء الظن بالمصنف حيث قال فيما بعد والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر فصدر من نفسه ما هو أشد قبحا منه (قوله وعن أبي حنيفة أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه) يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وهذا معنى قول صاحب الكافي حتى لا يباح لها النظر الى ظهرها وبطنها قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني لا تنظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي انتهى أقول ذكر الفخذ ههنا مستدرك بل مخل لان عدم جواز نظر المرأة الى فخذ المرأة قد تقرر في القول الاول لان الفخذ ليس مما يجوز أن ينظر الرجل اليه من الرجل والذي لا بد له ههنا منه بيان ما يمتاز به القول الثاني عن القول الاول وهو أن لا تنظر الى ظهرها وبطنها أيضا وذكر الفخذ في هذا الاثناء يوهم جواز النظر اليه في القول الاول (قوله والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن أمتك وامرأتك) قال في الكافي بعد ذكر هذا الاصل الذي هو حديث أبي هريرة وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله من اناء واحد وكنت أقول بق لي بق لي وهو يقول بقي لي بقي لي ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه انتهى وقصد الشارح العيني تزييف الاستدلال على المدعى ههنا بحديث عايشة رضي الله عنها فقال بعد أن ذكر الاستدلال بذلك قلت لا يتم الاستدلال بهذا لانه لا يلزم أن يكون اغتسالهما معا بل يجوز أن يكونا متعاقبين ولكن في ساعة واحدة ولئن سلمنا فلا يدل ذلك على أن كلا منهما كان ينظر الى فرج الآخر كيف وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرمني ولم أرمنه انتهى أقول ليس شيء من كلامه المنفي والتسليمي بصحيح أما الاول فلان قولها رضي الله عنها وكنت أقول بق لي بق لي وهو يقول بق لي بق لي يدل قطعا على أن يكون اغتسالهما معا اذ لو كان على التعاقب لما صح من المتقدم منهما طلب تبقية الماء من الآخر اذ المباشر أولا هو المتقدم فالتبقية وظيفته لا وظيفة الآخر فلا معنى لطلبها من الآخر وأما الثاني فلان المدعى ههنا مجرد جواز النظر الى الفرج لا لزوم وقوعه البتة ولا شك أن تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه يدل على جواز ذلك فان التجرد سبب لرؤية العورة عادة فلو لم يكن النظر اليها مباحا للزوج لما وقع التجرد منهما للقطع بتحرز النبي صلى الله عليه وسلم عن مظان الحرمة ثم ان مجرد جواز النظر الى فرج الزوج لا ينافي عدم وقوعه منهما تأدبا على مقتضى مكارم الاخلاق فلا تدافع بين حديثي عائشة أصلا (قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها) أقول كان الانسب أن لا يذكر الفخذ ههنا فانه لما تقرر فيما مر عدم جواز

أحوج من الرجل ويتمكن الرجل من الاغتسال في الانهار والحياض والمرأة لا تتمكن من ذلك الى هذا أشار في المبسوط وقوله كنظر الرجل الى محارمه يعني لا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها كما سيأتي قال المصنف رحمه الله (والاول أصح) لان نظر الجنس أخف قال (وينظر الرجل من أمته الخ) هذا هو القسم الثاني من أقسام نظر الرجل الى المرأة والتسامح في رعاية الترتيب في كلام المصنف ظاهر وقيده بقوله من أمته التي تحل له لان حكم أمته المجوسية والتي هي أخته من الرضاع حكم أمة الغير في النظر اليها لان اباحة النظر الى جميع البدن مبنية على حل الوطء فتنتفي بانتفائه والعير هو الحمار الوحشي وخصه بالذكر لان للاهلي نوع ستر من الاقتاب والثفر وقد قيل هو الاهلي أيضا وقول ابن عمر رضي الله عنهما الاولى أن ينظر يعني وقت الوقاع روى عن أبي يوسف رحمه الله في الامالي قال سألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليها هل ترى بذلك بأسا قال لا أرجو أن يعظم الاجر قال (وينظر الرجل من ذوات محارمه الخ) هذا هو القسم الثالث من ذلك نظر الرجل الى الوجه والرأس والصدر والساقين والعضدين من ذوات محارمه جائز دون بطنها وظهرها وفخذها وقال الشافعي رحمه الله في القديم لا بأس بذلك جعل حالها كحال الجنس في النظر وهو محجوج بحكم الظهار فانه ثابت اذا قال لامرأته أنت علي كظهر أمي فلو كان النظر اليه حلالا لما كان ظهارا لان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة

(قوله هو القسم الثالث) أقول بل الرابع

أن ينظر الرجل من الرجل مطلقا أى وان كان ذا رحم محرم منه الى ما بين سرته الى ركبته علم عدم جواز أن ينظر الرجل من المرأة وان كانت من ذوات محارمه الى ما بين سرتها الى ركبتها بالاولوية لان النظر الى خلاف الجنس أغلظ وعن هذا لم يتعرض صاحب المحيط فى هذا المقام لذكر شئ مما بين السرة والركبة حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيأ من ذلك انتهى وظهر منه أيضا أن ذكر الجنب أحق من ذكر الفخذ ههنا فان قلت المقصود من ذكر الفخذ فى الكتاب بيان الواقع والتصريح بما علم التزاما مما تقدم قلت فحينئذ كان الانسب أن يقال بدل وفخذها ما بين سرتها الى ركبتها كما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها انتهى فان فيه عموم الافادة فان قلت المقصود بالاكتفاء بذكر الفخذ هو السلوك مسلك الدلالة فى افادة حرمة النظر الى ما عداه أيضا مما بين السرة والركبة بالاولوية قلت فحينئذ كان الاحق الاكتفاء بذكر الركبة فان حكم العورة فى الركبة أخف منه فى الفخذ وفى الفخذ أخف منه فى السوأة كما تقرر فيما مر فبذكر الفخذ لا يعلم حكم الركبة دلالة لكونها أخف منه فى حرمة النظر وأما بذكر الركبة فيعلم حكم الفخذ والسوأة أيضا دلالة بالاولوية لكونهما أقوى منها فى حرمة النظر ثم ان بعض المتأخرين قصد حل بعض عبارة هذه المسئلة فقال وأصل التركيب ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات وقد يحذف الرحم فيقال ذوات المحارم بطريق المسامحة والنكتة فيه شمول المسئلة للمحرم بسبب كما سيجىء وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجىء فتأمل الى هنا كلامه أقول فيه خلل أما أولا فلانه لو كان أصل التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم على أن المحارم صفة الذوات فحذف الرحم وأضيفت الذوات الى المحارم بطريق المسامحة كان مدلول هذه المسئلة مختصا بالمحرم بنسب اذ الرحم لا يتصور فى غير النسب فلا مجال لان تكون النكتة فى حذف الرحم واضافة الذوات الى المحارم شمول المسئلة للمحرم بسبب لان النكتة فى العبارة لا تصلح أن تغير المعنى بالكلية حتى تنقله من الخصوص الى العموم وبالجملة بين أن يكون معنى التركيب المذكور ذوات الرحم المحارم وبين أن تشمل المسئلة المذكورة المحرم بسبب تناف لا يخفى وأما ثانيا فلان قوله وجعل المحرم ههنا مصدرا ميميا بمعنى الحرمة مع عدم استعماله فيه لا يلائمه تفسيره بما سيجىء ليس بسديد فان كلا من قوله مع عدم استعماله فيه ومن قوله لا يلائمه تفسيره بما سيجىء فى حيز المنع أما الاول فلانه قال فى المغرب والمحرم الحرام والحرمة أيضا وقال فى البدائع النساء فى هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات المحرم بلا رحم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن من ذوات الرحم بلا محرم كبنت العم والعمة والخال والخالة اهـ ولا يخفى على الفطن أن المحرم المذكور ثمة فى مواضع متعددة انما يصلح منه أن يكون بمعنى الحرام ماذكر فى قوله ذوات الرحم المحرم والباقى منه بمعنى الحرمة لا غير كما فى قوله ذوات المحرم بلا رحم وقوله من لا رحم لهن ولا محرم وقوله ذوات الرحم بلا محرم يظهر كل ذلك بالتأمل الصادق والذوق الصحيح وقال فى فتاوى قاضيخان ولا بأس للرجل أن ينظر من أمه وابنته وأخته البالغة وكل ذات رحم محرم منه كالجدات وأولاد الاولاد والعمات والخالات الى شعرها ورأسها وصدرها وبدنها وعنقها وعضدها وساقها ولا ينظر الى ظهرها وبطنها ولا الى ما بين سرتها الى أن تجاوز الركبة وكذا الى كل ذات محرم برضاع أو صهرية كزوجة الاب والجد وان علا وزوجة الابن وأولاد الاولاد وان سفلوا وابنة المرأة المدخول بها فان لم يكن دخل بها فهى كالاجنبية انتهى ولا يخفى على الفطن أيضا أن المحرم المذكور فى قوله وكذا

والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية والمراد والله أعلم مواضع الزينة وهي ماذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ماوراءها لانها لاتنكشف عادة

الى كل ذات محرم برضاع أوصهرية بمعنى الحرمة دون الحرام اذلامعنى لان يقال كل ذات حرام أي صاحبة حرام لان الحرام هي صاحبة الحرمة نفسها فلامعنى لاضافة الذات اليه وأما الثاني فلانه انما لايلائمه تفسيره بماسيجيء لو كان مراد المصنف بماسيجيء تفسير المحرم الذي هو مفرد المحارم في قوله وينظر الرجل من ذوات محارمه وأما اذا كان مراده بذلك تفسير المحرم بمعنى الحرام المأخوذ من مجموع قوله ذوات محارمه لامن قوله محارمه فقط فلايلزم عدم الملاءمة كما لايخفى والظاهر أن مراد المصنف هو الثاني ويعضده تقرير صاحب المحيط في هذه المسئلة حيث قال وأما النظر الى ذوات محارمه فنقول يباح النظر الى موضع زينتها الظاهرة والباطنة ثم قال وذوات المحارم من حرم عليه نكاحهن بالنسب نحو الامهات والبنات والجدات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت أو بالسبب كالرضاع والمصاهرة انتهى فانه فسر ذوات المحارم بما فسر به المصنف المحرم نفسه ثم ان التحقيق في معنى التركيب المذكور وهو قولهم ذوات محارمه أنه اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بالنسب وحده و يجوز أن يكون أصله ذوات الرحم المحارم على أن يكون المحارم صفة الذوات وتكون جمع محرم بمعنى حرام ويجوز أن يكون معناه ذوات الحرمات على أن يكون المحارم جمع محرم بمعنى الحرمة وأما اذا أريد به من حرم عليه نكاحهن بنسب أوسبب كما في مسئلة الكتاب فلامجال لتقدير الرحم لكونه منافيا للتعميم بل يتعين المعنى الثاني (قوله والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقوله والاصل فيه أي في جواز ماجاز وعدم جواز مالم يجز على تأويل المذكور قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية وتبعه الشارح العيني أقول فيه نظر لان الآية المذكورة انما تدل على جواز ماجاز وهو النظر الى مواضع الزينة ولاتدل على عدم جواز مالم يجز وانما يدل عليه آية أخرى وهي قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم كما أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال ولا يحل النظر الى ظهرها و بطنها ولا ما بين السرة والركبة منها ولامسها لعموم قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا أنه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فبقي غض البصر عما وراءها مأمورا به واذا لم يحل النظر فالمس أولى لانه أقوى انتهى أو آية الظهار كما أشار اليه صاحب المحيط حيث قال ولا يحل أن ينظر الى بطنها ولا الى ظهرها ولا الى جنبها ولا يمس شيأ من ذلك والوجه فيه أن الله تعالى سمى الظهار في كتابه منكرا من القول وزورا وصورة الظهار أن يقول الرجل لامرأته أنت كظهر أمي ولولا أن ظهرها محرم عليه نظرا ومسا لماسمى الظهار منكرا من القول وزورا واذا ثبت هذا في الظهر ثبت في البطن والجنبين انتهى فتأمل (قوله ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان واحتشام والمرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع أدى الى الحرج) قال بعض المتأخرين وتقرير هذا الدليل واضح الا أن قوله يدخل على البعض من غير استئذان يشكل بما ذكره صاحب البدائع في مسائل الدخول في بيت الغير أنه اذا كان من محارمه فلايدخل عليه من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك

وقوله (والاصل فيه) أي في جواز ماجاز وعدم جواز مالم يجز على تأويل المذكور (قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الآية) والمراد والله أعلم مواضع الزينة ذكر الحال وأراد المحل مبالغة في النهي عن الابداء لان ابداء ماكان منفصلا اذا كان منهيا عنه فابداء المتصل أولى وذلك كقوله تعالى ولا القلائد في حرمة تعرض محلها وقوله (وهي ماذكر في الكتاب) يريد به الوجه الى آخره ويدخل في ذلك أي في مواضع الزينة المدلول عليها بالزينة الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة أما الرأس فلانه موضع التاج والاكليل والشعر موضع العقاص والعنق موضع القلادة والصدر كذلك والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والفخذ والبطن لانها ليست مواضع الزينة وباقي كلامه واضح

والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح أو سفاح في الاصح لما بينا قال (ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر اليه منها) لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان أبيح النظر لان الشهوة متكاملة (الا اذا كان يخاف عليها أو على نفسه الشهوة) فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم أغلظ فيجتنب (ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن) لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها

ثم استدل عليه بآثار انتهى كلامه أقول مراد المصنف بقوله ان البعض يدخل على البعض من غير استئذان أن العادة جرت بين الناس على دخول بعض المحارم على بعضهم من غير استئذان لا أنه أمر مندوب في الشرع وما ذكره صاحب البدائع حكم الشرع في أمر الدخول في بيت الغير فانه قال وأما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلو اما ان يكون أجنبيا أو من محارمه فان كان أجنبيا فلا يحل له الدخول فيه ثم قال وان كان من محارمه فلا يدخل من غير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة ثم قال الا أن الامر في الاستئذان على المحارم أسهل وأيسر لان المحرم مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا انتهى فقد تلخص منه أن الدخول في بيت الاجنبي من غير استئذان حرام والدخول في بيت محارمه من غير استئذان مكروه ويكفي في التأدي الى الحرج جريان العادة بين الناس بدخول بعض المحارم على بعضهم بلا استئذان وان كان ذلك مما لا عدح في حكم الشرع والحرج مدفوع شرعا فلا اشكال (قوله والمحرم من لا تجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان أو سبب كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه) يعني بالمعنيين الضرورة وقلة الرغبة كذا في الشروح وفي عبارة بعضهم يعني الحرج وقلة الرغبة قال تاج الشريعة فان قلت فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع لجواز الدخول من غير احتشام واستئذان فوقع نقصان في الحرز قلت لا يقطع عند البعض وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع ذكر خواهر زاده ان المحارم من جهة الرضاع لا يكون لهم الدخول من غير حشمة واستئذان ولهذا يقطعون بسرقة بعضهم من بعض انتهى كلامه واقتفى أثره العيني في ذكر هذا السؤال والجواب بعينهما أقول ليس الجواب بتام أما قوله قلت لا يقطع عند البعض فلان عدم القطع عند البعض وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف كما مر في كتاب السرقة لا يدفع السؤال على قول أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف أيضا في رواية أخرى عنه فان كون المحرم بسبب الرضاع في حكم المحرم بالنسب متفق عليه واذا كانت العلة في ذلك وجود المعنيين المذكورين كما قاله المصنف يتوجه السؤال المذكور على قول الاكثر وهو القول المختار وظاهر الرواية كما تقرر في كتاب السرقة ولا يدفعه عدم القطع عند البعض كما لا يخفى وأما قوله وأما جواز الدخول من غير استئذان فممنوع وتأييد ذلك بما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده فلانه ان لم يكن للمحارم من جهة الرضاع الدخول من غير حشمة واستئذان لم يصح قول المصنف لوجود المعنيين فيه فان وجود أحد ذينك المعنيين فيه يتوقف على أن يكون له الدخول من غير حشمة واستئذان كما حققته ومبنى السؤال المذكور على صحة قوله كما يفصح عنه الفاء في قول السائل فعلى هذا ينبغي أن لا يقطع اذا سرق المرء من بيت أمه من الرضاع فالاولى في الاستدلال على كون المحرم بسبب في حكم المحرم بنسب أن يصار الى الدليل النقلي كما فعله صاحب البدائع حيث

وقوله لوجود المعنيين يعني الضرورة وقلة الرغبة فيه أي في المحرم وقوله في الاصح متعلق بقوله أو سفاح لان اختلاف المشايخ في المصاهرة بالزنا لا فيها بالنكاح فان بعض مشايخنا رحمهم الله قال لا يثبت حل المس والنظر بالمصاهرة سفاحا لان ثبوت الحرمة بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة لانه لما ظهرت خيانته مرة لا يؤتمن ثانيا والاصح أنه لا بأس بذلك لما بينا أنها محرمة عليه على التأبيد ولا وجه لقوله ثبوت الحرمة بطريق العقوبة لانها تثبت باعتبار كرامة الولد على ما عرف في موضعه (قال ولا بأس بأن يمس ما جاز أن ينظر اليه منها لوجود المقتضي للاباحة) وهو الحاجة الى ذلك في المسافرة وانتفاء المانع وهو وفور الشهوة وقوله (الا اذا كان يخاف عليها) استثناء من قوله ولا بأس وكلمة فوق في قوله عليه الصلاة والسلام فوق ثلاثة أيام صلة لان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة أيام أيضا فكان كقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين واذا جازت المسافرة بهن جازت الخلوة بهن لان في المسافرة خلوة

(قوله لانه لما ظهرت خيانته الخ) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال ولانه الخ

وقوله

وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا أمنا الشهوة فان خافها على نفسه أو عليها تيقنا أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز أن ينظر اليه من ذوات محارمه) لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم أضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يادفار أتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لاضرورة كما في المحارم بل أولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وأم الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة على ما عرف وأما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة فيهن وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال (ولا بأس بأن يمس ذلك اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتهي) كذا ذكره في المختصر وأطلق أيضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا رحمهم الله يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط عدم الشهوة قال (واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد) ومعناه بلغت وهذا موافق لما بينا أن الظهر والبطن منها عورة وعن محمد أنها اذا كانت تشتهي ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال (والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل) لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع

قال وأما النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي أن أفلح استأذن أن يدخل على عائشة رضي الله عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام ليلج عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه انتهى وقال في المبسوط بعد ما ذكر حكم ذوات المحارم بالنسب والحرمة بالرضاع وكذلك الحرمة بالمصاهرة لان الله تعالى سوى بينهما بقوله فجعله نسبا وصهرا (قوله وقوله عليه السلام ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما) أقول لقائل أن يقول كون المراد اذا لم يكن محرما ليس بأجلى من أصل المسئلة لجواز أن يكون المراد اذا لم يكن زوجا فبهذا الاحتمال كيف يثبت المدعى ولئن سلم كون المراد ذلك فجواز أن يخلو الرجل بامرأة ذات محرم منه لا يستفاد من هذا الحديث الابطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا (قوله والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله) قال الشارح العيني ههنا ايرادان على المصنف الاول ان هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها وانما أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه عن ابن عباس قال حدثنا أسباط بن محمد بن فضل عن مطرف عن رجل عن ابن عباس قال خصاء البهائم مثلة ثم تلا ولآمرنهم فليغيرن خلق الله وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن مجاهد وعن شهر بن حوشب الخصاء مثلة ذكره في كتاب الحج الثاني ان هذا لا يدل على مدعاكم فان كون

وقوله (فان احتاج الى الاركاب) أي اركاب ذوات المحارم والاصل في ذلك أن لا يجوز مس ما يجوز أن ينظر الرجل اليه لان المس فوق النظر لكنه جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقبل رأس فاطمة رضي الله عنها ويقول أجد منها ريح الجنة وكان ذلك لا عن شهوة قطعا فيجوز المس مع الاتقاء عن الشهوة ما أمكن قال (وينظر الرجل من مملوكة غيره الخ) هذا آخر الاقسام من ذلك وكلامه واضح وقوله علاها أي ضرب علاوتها وهي رأسها بالدرة وقوله (خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة) وجهه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ومن أراد أن يشتري جارية فلينظر اليها الا في موضع المئزر وتعامل أهل الحرمين ووجه العامة ما ذكره في الكتاب وقوله (وأما الخلوة بها والمسافرة معها) يعني اذا أمن بذلك على نفسه وعليها فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه فمنهم من قال يحل واعتبرها بالمحارم واليه مال شمس الائمة رحمه الله وقيل لا يحل لعدم الضرورة واليه مال الحاكم الشهيد رحمه الله (وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد رحمه الله الضرورة فيهن) يعني التي لا مدفع لها (وفي المحارم مجرد الحاجة) أي نفس الحاجة لا الضرورة وقوله (ولا بأس بأن يمس ذلك) أي المواضع التي يجوز النظر اليها (اذا أراد الشراء وان خاف أن يشتهي كذا في المختصر وأطلق في الجامع) لفظ الجامع الصغير فقال في رجل أراد أن يشتري جارية لا بأس بأن يمس ساقها وذراعيها وصدرها وينظر الى صدرها وساقها مكشوفين والباقي واضح

وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث فى الردىء من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير مستثنى بالنص قال (ولا يجوز للمملوك أن ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبى النظر اليه منها) وقال مالك هو كالمحرم وهو أحد قولى الشافعى لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح فى الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت

الخصاء مثلة لا يدل على أن نظر الخصى الى الاجنبية كالفحل الى ههنا كلامه أقول كل من ايراديه ساقط أما الاول فلان حاصله عدم ثبوت هذا القول عن عائشة رضى الله عنها عنده بطريق الاسناد وهو لا يقتضى عدم ثبوته عند المجتهدين بطريق الاسناد أو بطريق الارسال وقد روى ذلك عن عائشة رضى الله عنها فى عامة كتب أصحابنا بطريق الارسال وتقرر فى علم الاصول أن مرسل الصحابى مقبول بالاجماع ومرسل القرن الثانى والثالث وان لم يقبل عند الشافعى بدون أن يثبت اتصاله من طريق آخر كمراسيل سعيد بن المسيب الا أنه يقبل عندنا وعند مالك على الاطلاق حتى قالوا انه فوق المسند ومرسل من دون هؤلاء يقبل عند بعض أصحابنا ويرد عند البعض فهذا القول المرسل الى عائشة رضى الله عنها ان كان من مراسيل القرن الثانى أو الثالث فلا شك فى كونه مقبولا عندنا وان كان من مراسيل من دون القرن الثالث فهو أيضا مقبول على القول المختار من أصحابنا وأما الثانى فلان قوله فلا يبيح ما كان حراما قبله من كلام عائشة كما يدل عليه تقريرات الثقات فى عامة المعتبرات فدلالة أثر عائشة رضى الله عنها على المدعى أظهر من أن يخفى ثم أقول ولكن بقى ههنا شىء وهو أنه قد ذكر فى أصول الفقه أن قول الصحابى فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا اختلافهم فيه انما يوجب التقليد فيما لا يدرك بالقياس لانه لا وجه له الا السماع أو الكذب والثانى منتف فتعين الاول لا فيما يدرك بالقياس لان القول بالرأى منهم مشهور والمجتهد يخطئ ويصيب والظاهر أن ما نحن فيه مما يدرك بالقياس ولهذا استدلوا عليه بالدليل العقلى الذى مرجعه القياس على ما تقرر فى علم الاصول حيث قالوا ولانه فحل يجامع ولم يعلم اتفاق سائر الصحابة على قول عائشة المذكور هنا فيلزم أن لا يوجب التقليد فكيف يتم الاستدلال به (قوله وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل) قال بعض المتأخرين ويسحق بفتح الياء وينزل بضمها أى يفعل الانزال ولا حاجة الى تقدير المفعول كما فعله العينى حيث قال المنى بعد قوله وينزل انتهى أقول الصواب ما فعله العينى لانه لو كان معنى ينزل هنا يفعل الانزال كان هذا الفعل المتعدى منزلا منزلة اللازم للقصد الى نفس الفعل كما فى نحو قولك فلان يعطى أى يفعل الاعطاء ويوجد هذه الحقيقة على ما ذكر فى المفتاح وغيره وليس ذلك المعنى بصحيح هنا اذ لا يثبت المطلوب بمجرد كون المجبوب فاعل حقيقة الانزال فان هذا يتحقق بانزاله البول ونحوه وليس ذلك بعلة لحرمة النظر الى الاجنبية لا محالة وانما العلة لها شهوة المنى فلا بد من تعيين مفعول ينزل هنا بالمنى حتى يتم المطلوب (قوله والحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه) أى يؤخذ فى كل واحد منها كذا فى شرح تاج الشريعة وقال بعض الفضلاء أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام انتهى أقول الحق ما قاله تاج الشريعة أما أولا فلانه يصح أن يؤخذ فى كل واحد من الاصناف الثلاثة المارة أعنى الخصى والمجبوب والمخنث بمحكم كتاب الله تعالى بلا ريب وهو قوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وكذا قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الآية فما معنى تخصيص ذلك بالثالث وحده مع امكان حمله على الثلاثة جميعا ومقصود المصنف من كلامه هذا بيان دليل آخر أقوى مما

وقوله (وكذا المخنث فى الردىء من الافعال) يعنى من يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء فانه رخص بعض مشايخنا رحمهم الله فى ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال قيل هو المخنث الذى لا يشتهى النساء وقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه وقيل المراد به الابله الذى لا يدرى ما يصنع بالنساء انما همه بطنه وفيه كلام فانه اذا كان شابا يحكى عن النساء وانما ذلك اذا كان شيخا كبيرا ماتت شهوته والاصح أن نقول قوله تعالى أو التابعين من المتشابهات وقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم محكم نأخذ به واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله فالحاصل أنه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله تعالى المنزل فيه (والطفل الصغير مستثنى بالنص) وهو قوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء أى لم يطلعوا أى لا يعرفون العورة ولا يميزون بينها وبين غيرها وقوله ولا يجوز للمملوك واضح

(قال المصنف والحاصل أنه يؤخذ فيه) أقول أى فى المخنث الذى فى أعضائه لين وتكسر بأصل الخلقة ولا يشتهى النساء على سبيل الاستخدام (قال المصنف بمحكم كتاب الله تعالى) أقول اطلاق المحكم لعله على التشبيه (قوله أى لم يطلعوا) أقول فقوله لم يظهروا من الظهور والمراد بمعنى الاطلاع

وقوله والمراد بالنص الاماء) يريد بالنص قوله تعالى أوماملكت أيمانهن وهو جواب عن استدلال مالك والشافعي رحمهما الله به (قال سعيد) أي سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير قال في النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليتناول السعيدين (والحسن وغيرهما) سمرة بن جندب (لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور) ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلو دخلوا في قوله تعالى أوماملكت أيمانهن لزم التعارض وعورض بأن نظر الاماء الى سيداتهن استفيد من قوله تعالى أونسائهن فلو حملت هذه الآية على الاماء لزم التكرار وبأن الاماء لو لم تكن مرادة من قوله تعالى أونسائهن وجب أن لا تكون مرادة من قوله تعالى أوماملكت أيمانهن أيضا لان البيان انما يحتاج اليه في موضع الاشكال ولا يشكل على أحد أن للامة أن تنظر الى سيدتها كالاجنبيات والملك ان لم يزد توسعة فلا أقل أن لا يزيد تضيقا وأجيب عن الاول بأن المراد بالنساء الحرائر المسلمات اللاتي في صحبتهن لانه ليس لمؤمنة أن تتجرد بين يدي مشركة أو كتابية كذا عن ابن عباس رضي الله عنهما والظاهر أنه أريد بنسائهن من يصحبهن من الحرائر مسلمة كانت أو غيرها والنساء كلهن في حل نظر بعضهن الى بعض سواء والمراد من قوله تعالى أوماملكت أيمانهن الاماء وعن الثاني بأن حال الامة يقرب من حال الرجال حتى تسافر من غير محرم فكان يشكل أنه يباح لها التكشف بين يدي أمتها ولم يزل هذا الاشكال بقوله أونسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء والباقي واضح والله أعلم

والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال (ويعزل عن أمته بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها) لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى

ذكره أولا جامع للصور الثلاث معا كما ترى وأما ثانيا فلان كلمة الحاصل تقتضي في الاستعمال تفصيلا سابقا يكون ما ذكر في حيزها ملخصا لذلك التفصيل وهذا انما يتصور هنا اذا كان كلام المصنف هذا ناظرا الى مجموع الصور الثلاث المارة لا الى الصورة الثالثة وحدها سيما لو أريد بالضمير المجرور في قوله يؤخذ فيه المخنث بالمعنى الغير المذكور فيما مر على سبيل الاستخدام كما زعمه ذلك البعض فانه لا يكون حينئذ لكلمة الحاصل مساس بما قبلها أصلا كما لا يخفى على ذي فطنة (قوله والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم سورة النور فانها في الاناث دون الذكور) قال صاحب النهاية أطلق اسم سعيد ولم يقيده بالنسبة ليصح تناوله للسعيدين على ما روينا من رواية المبسوط انتهى وتبعه جماعة من الشراح في هذا التوجيه ورده صاحب الغاية حيث قال أراد به سعيد بن المسيب لما ذكرنا عن الكشاف وقال بعضهم في شرحه انما أطلق السعيد ليتناول السعيدين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وفيه نظر لانه يلزم حينئذ أن يكون للمشترك عموم في موضع الاثبات وهو فاسد انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن مراد هؤلاء الشراح بالتناول في قولهم ليتناول السعيدين هو التناول على سبيل البدل لا التناول على سبيل الشمول والعموم ولا شك أن المشترك يتناول معانيه على سبيل البدل ولقد صرحوا به حتى قال المحقق التفتازاني في التلويح والمشترك مستغرق لمعانيه على سبيل البدل والذي لا يجوز عندنا دون الشافعي انما هو عموم المشترك لمعانيه على سبيل الشمول في اطلاق واحد كما تقرر في علم الاصول وهو غير لازم من عبارة هؤلاء الشراح وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح ونظر صاحب الغاية فيه قلت نظره وارد ولكن تعليله غير مستقيم أما وروده فلانه لم يستعمل أحد من السلف لفظ سعيد من غير نسبة وأراد به سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير وأما أن تعليله غير مستقيم فلانه ادعى فيه لزوم عموم المشترك ولا نسلم ثبوت الاشتراك ههنا لان الاشتراك ما وضع لمعان انتهى أقول كلا دخليه ليس بشيء أما الاول فلانه لا شك أن العلم هو لفظ سعيد لا مجموع سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير فعدم استعمال السلف لفظ سعيد من غير نسبة في سعيد بن المسيب أو سعيد بن جبير على تقدير صحته ليس لعدم صحة اطلاق لفظ سعيد وحده على أحدهما والا لما كان علما لكل واحد منهما بل لقصدهم زيادة اظهار المراد وتعيينه واذا كان مقصود المصنف تناول لفظ سعيد ههنا للسعيدين كما ذهب اليه هؤلاء الشراح لزمه ترك النسبة وصح الاطلاق وأما الثاني فلان لفظ سعيد علم مشترك والاعلام المشتركة مما تقرر أمره في علم النحو فكيف يمنع ثبوت الاشتراك ههنا وقوله لان الاشتراك ما وضع لمعان لا يجدي شيأ لانه ان أراد بالمعاني ما يستفاد من اللفظ فهو متحقق في العلم المشترك أيضا بلا ريب وان أراد بها الصور العقلية المقابلة للاعيان الخارجية فليست تلك معتبرة في معنى المشترك فان المشترك ما وضع لمتعدد بوضع متعدد أي شيء كان ذلك المتعدد الموضوع له والامر في العلم المشترك

(قوله ليتناول السعيدين) أقول فيلزم الجمع بين معنى المشترك (قوله والحسن وغيرهما الخ) أقول عطف على سعيد في قال سعيد (قوله فلو دخلوا في قوله تعالى أوماملكت أيمانهن لزم التعارض) أقول فيه بحث كيف ولو صح ما ذكره لزم التعارض بين قوله قل للمؤمنين الآية وبين قوله الا لبعولتهن الآية تأمل فالجواب بأنه مستثنى الجواب

ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه فى النكاح

﴿ فصل فى الاستبراء وغيره ﴾

كذلك فانه لا يتناول مسمياته بوضع واحد بل لكل واحد منهما وضع مستقل كما عرف فى موضعه ثم ان صاحب العناية عال كون المراد بالنص الاماء بوجه آخر حيث قال ولان الذكور مخاطبون بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم فلو دخلوا فى قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهن لزم التعارض انتهى أقول ليس ذلك بصحيح أما أولا فلانه ينتقض بخطاب الاناث أيضا بقوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن فان مقتضى ما ذكره أن لا تدخل الاماء أيضا فى قوله عز وجل أو ما ملكت أيمانهن بناء على لزوم التعارض بينه وبين قوله تعالى وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن مع أن دخول الاماء فيه مجمع عليه وأما ثانيا فلان اللازم من كون الذكور من المماليك مخاطبين بقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم دخولهم فى جانب الغاضين من أبصارهم لا فى جانب من يجب غض البصر عنه وهو الذى منع النظر اليه فان كلمة من فى قوله تعالى من أبصارهم للتبعيض كما صرح به المفسرون فكان المعنى يغضوا بعضا من أبصارهم وهو غير معين فكانت تلك الآية مجملة فى حق من منع النظر اليه فلو دخل الذكور من المماليك فى قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن لم يلزم التعارض بين الآيتين أصلا وانما يلزم أن تكون احدى الآيتين مبينة لما فى الآية الاخرى من الاجمال وهو معنى صحيح حسن مقرر على كل حال فان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن على تقدير أن لا يدخل فيه ذكور المماليك كما هو مذهبنا وكذا نظائره من قوله تعالى الا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن الى آخر الآية كلها مبينة للاجمال الواقع فى الآية الاخرى كما لا يخفى على من دقق النظر وحقق (قوله ولو كان تحته أمة غيره فقد ذكرناه فى النكاح) يعنى قوله واذا تزوج أمة فالاذن فى العزل الى المولى عند أبى حنيفة رحمه الله وعن أبى يوسف ومحمد أن الاذن اليها قال فى البدائع وجه قولهما أن لها حقا فى قضاء الشهوة والعزل يوجب النقص فيه ولا يجوز البخس بحق الانسان من غير رضاه ووجه قول أبى حنيفة أن الكراهية فى الحرة لمكان خوف فوت الولد الذى لها فيه حق والحق ههنا فى الولد للمولى دون الامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة قلنا نعم لكن حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال ألا ترى أن من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأة من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة فدل هذا على أن حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال انتهى وأورد عليه بعض المتأخرين حيث قال أقول انما لم يكن لها حق الخصومة لعدم صنع الزوج فيه بخلاف العزل فانه بصنعه ولهذا يحتاج الى رضاها فى العزل لا فيه انتهى أقول ليس هذا بشئ لان عدم صنع الزوج فيه لا يقتضى أن لا يكون لها حق الخصومة اذ لا شك أن حقها لا يسقط بمجرد عدم صنع الزوج فيما يبطل حقها ألا ترى أن للزوجة حق الخصومة فى الجب والعنة بلا خلاف وان لم يكونا بصنع الزوج فتعين أن الوجه فى أن لا يكون لها حق الخصومة فيمن لا ماء له وهو يجامعها من غير انزال كون حقها فى أصل قضاء الشهوة لا فى وصف الكمال فكذا فى العزل تدبر

﴿ فصل فى الاستبراء وغيره ﴾ قال الشراح أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق وقال بعض الفضلاء فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهى عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل انتهى أقول لا السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلانهم ما قالوا لان الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق حتى يتوجه السؤال بأين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق بل مرادهم أن الوطء المقيد نفسه بعد الوطء المطلق نفسه فأخر ما يتعلق بالوطء المقيد وهو الاستبراء عما يتعلق بالوطء المطلق وكيف يتوهم أن يكون مرادهم أن الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وانتفاء المقيد

﴿ فصل فى الاستبراء وغيره ﴾ أخر الاستبراء لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق يقال استبرأ الجارية أى طلب براءة رحمها من الحمل وأوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبى صلى الله عليه وسلم الاستبراء واجب وله سبب وعلة وحكمة

﴿ فصل فى الاستبراء وغيره ﴾ (قوله لانه احتراز عن وطء مقيد والمقيد بعد المطلق) أقول فان قلت أين الاحتراز عن الوطء المطلق فيما سبق قلت فهم ذلك بطريق الدلالة أو الاشارة فانه يتضمن اللمس فالنهى عن المس نهى عنه فلهذا عنونه بالوطء فتأمل ثم قوله وطء مقيد أى مقيد بزمان

قال

لا يكون الا للوجوب وأما سببه فهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص وأما علته فهى ارادة الوطء فانه لا يحل الا فى محل فارغ فيوجب معرفة فراغه

قال (ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) والاصل فيه قوله عليه السلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة أفاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب فى المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى مورد النص

لا يستلزم انتفاء المطلق كما لا يخفى فأنى يتصور أن يكون الاحتراز عن الوطء المقيد بعد الاحتراز عن الوطء المطلق وأما تحقق المقيد فيستلزم تحقق المطلق فى ضمنه فيصح أن يقال الوطء المقيد بعد الوطء المطلق بناء على أن المركب بعد المفرد كما صرح به فى النهاية ومعراج الدراية وأما الثانى فلان مبناه على أن يكون المراد أن الاحتراز عن المقيد بعد الاحتراز عن المطلق وقد عرفت ما فيه وأيضا لا معنى لقوله فلهذا عنونه بالوطء لان النهى عن المس اذا كان نهيا عن الوطء كان العنوان بالمس عنوانا بالوطء أيضا فكان ينبغى أن لا يعنون الفصل السابق بالوطء استقلالا كما لم يذكر فيه النهى عن الوطء استقلالا ثم أقول الظاهر أن مرادهم بالوطء المطلق المذكور فيما تقدم ما فى مسئلة العزل المذكورة قبيل فصل الاستبراء فان العزل أن يطأ الرجل فاذا قرب الانزال أخرج فينزل خارج الفرج وان مرادهم بالوطء المقيد ههنا ما قيد بزمان فان الوطء فى الاستبراء مقيد بالزمان كما ستعرفه وفى العزل مطلق عنه وأن المراد بالوطء المذكور فى عنوان الفصل السابق أيضا ما فى ضمن تلك المسئلة كما نبهت عليه فى صدر ذلك الفصل (قوله ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) أقول فى اطلاق هذه المسئلة نظر فان من اشترى جارية كانت تحت نكاحه أو كانت تحت نكاح غيره ولكن طلقها زوجها بعد أن اشتراها وقبضها أو كانت معتدة الغير فانقضت عدتها بعد أن اشتراها وقبضها لم يلزمه الاستبراء فى شئ من هذه الصور كما صرحوا به وسيظهر مما ذكروا فى حيلة الاستبراء مع أن كلا من هاتيك الصور داخلة فى اطلاق هذه المسئلة كما ترى فكان المناسب تقييدها بما يخرج تلك الصور (قوله لانه هو الموجود فى مورد النص) قال بعض الفضلاء فى الحصر كلام فان السبى من جملة ما وجد فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ انتهى أقول كلامه ساقط اذ لا شك أن مراد المصنف حصر ما يصلح للسببية فى مورد النص فى استحداث الملك واليد فالمعنى لانه أى استحداث الملك واليد هو الموجود الصالح للسببية فى مورد النص وقول ذلك القائل وهو يصلح للسببية ممنوع فان ما ذكروه من الحكمة فيه والعلة الحقيقية انما تقتضى أن يكون السبب فيه هو استحداث الملك واليد من غير مدخل فيه للسبى كما لا يخفى على من تأمل فى تقرير المصنف فى بيان الحكمة فيه وبيان علته الحقيقية وما يكون دليلا عليها على أن تاج الشريعة قد تكفل ببيان عدم مدخلية السبى فى السببية أوضح وجه حيث قال لا يقال الموجب كونها مسبية لان كونها مسبية اضافة والاضافات لا مدخل لها فى العلة لانه لو اعتبر ذلك انسد باب القياس وانه مفتوح بالنصوص فلم يبق ههنا الا كونها مملوكة رقبة ويدا وهو المؤثر كما ذكر فى الكتاب انتهى ثم ان قول ذلك القائل فان الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ ممنوع أيضا فان علة الاستبراء هى ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع ولهذا يجب الاستبراء على المشترى لا على البائع كما سيأتى فى الكتاب فمن أين كان استبراء المملك قبل مباشرته السبب ظاهرا ولئن سلم كونه ظاهرا فى مورد النص وهو يصلح للسببية فان الظاهر أن المملك فى صورة البيع والهبة والخلع والكتابة يستبرئ صيانة لمائه ثم يباشر السبب فلا حاجة الى استبراء المملك حينئذ نعم يلحق به الارث والوصية فتأمل

(قال المصنف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى الخ) أقول جمع الحائل وهى التى لا حبل لها وقيل انما قال الحيالى لتزاوج الحبالى والقياس أن يقال الحوائل لانها جمع حائل ونظيره الغدايا والعشايا كذا فى شرح الكاكى والقياس الغدوات (قوله مع وجود الملك المطلق) أقول تأمل فى مدخلية هذا القيد فى افادة النهى الوارد على أبلغ وجه وجوب الانتهاء فانها ليست بظاهرة الا أن يقال لولم يوجد ذلك لكان النهى لتأكيد الوجوب المعلوم سابقا (قوله وذلك لا يكون الا للوجوب) أقول أى لوجوب الانتهاء (قوله لانه هو الموجود فى مورد النص) أقول فى الحصر كلام فان السبى من جملة ما وجد فى

وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشترى لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع فيجب عليه

بالنظر الى ماهو اللائق بحال المسلم من صيانة مائه فذلك لا ينافى وجوب الاستبراء على المملك بناء على توهم شغل الرحم بماء محترم فان مجرد توهمه كاف فى وجوبه كما سيظهر من البيان الآتى فى الكتاب (قوله وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه) أورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال يرد عليه أنهم ينكرون انعلاق الولد الواحد من ماءين لعدم امكان الاختلاط بينهما على مامر فى باب التدبير والاستيلاد فكيف بنوا ههنا حكمة الاستبراء على جوازه انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ ليس المراد بالاختلاط المذكور فى قولهم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط الاختلاط الحقيقى بل المراد به هو الاختلاط الحكمى وهو أن لا يتبين أن الولد من أى ماء انعلق يرشد اليه قول المصنف والانساب عن الاشتباه ويفصح عنه قول صاحب الكافى فى تعليل الاختلاط اذ لو وطئها قبل أن يتعرف براءة رحمها فجاءت بولد فلا يدرى أنه منه أو من غيره انتهى والذى ينكرونه انما هو اختلاط الماءين اختلاطا حقيقيا فلا تدافع بين الكلامين فى المقامين (قوله وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد ثابت النسب) لا يخفى على ذى فطرة سليمة ان فى مرجع ضمير هو فى قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب نوع اشتباه وعن هذا قد افترقت آراء الناظرين فيه فقال صاحب الغاية قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى المراد من توهم الشغل بماء محترم وهو أن يكون الولد بحيث يمكن اثبات نسبه من غيره انتهى أقول فيه خلل فان تفسيره المذكور يشعر بارجاعه ضمير هو الى توهم الشغل بماء محترم وليس بسديد لان الامر فى حقيقة الشغل بماء محترم أيضا كذلك فلا وجه للتخصيص بتوهم الشغل على أنه لم يذكر ما يصحح حمل قوله أن يكون الولد ثابت النسب بالمواطأة على ضمير هو الراجع الى توهم الشغل على مقتضى تقريره ولا يتم المعنى بدون ذلك اذ لا شك أن توهم الشغل بماء محترم ليس نفس أن يكون الولد ثابت النسب حتى يصح حمله عليه بالمواطأة تأمل وقال بعض الفضلاء قوله وهو أن يكون الولد ثابت النسب أى الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب وحذف الجار مع أن وان قياس انتهى أقول فيه أيضا خلل فان الاستبراء مع كونه بعيدا من حيث اللفظ والمعنى عن أن يكون مرجع الضمير هو ههنا ليس هو لان يكون الولد ثابت النسب بل لارادة الوطء نظرا الى علته والتعرف براءة الرحم نظرا الى حكمته كما يدل عليه عبارة الكتاب فيما قبل وما بعد كيف ولو لم يدع المشترى نسب الولد الذى جاءت به المشتراة بعد أن استبرأها لم يثبت نسب ذلك الولد منه لكون فراش الامة ضعيفا على ما عرف فى محله فما معنى القول بان الاستبراء لان يكون الولد ثابت النسب فتأمل وأقول فى حل المقام ان ضمير هو ههنا راجع الى ماء محترم مذكور قبيله فالمعنى وهو أى الماء المحترم بان يكون الولد ثابت النسب على حذف الجار من كلمة ان كما هو القياس على ما عرف فى علم النحو وكون الولد ثابت النسب انما يتحقق بأن تكون الامة من قبل فى ملك الغير نكاحا أو يمينا فتدبر قال تاج الشريعة وانما قيده بماء محترم وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطؤها لانه أخرج الكلام مخرج أوضاع الشرع لان وضع الشرع أن لا يكون الا فى الحلال انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب العناية فى خلاصة هذا التوجيه حيث قال فى بيان ماء محترم بأن لا يكون من بغى وقال وانما قيد بذلك وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح انتهى وسلك بعض المتأخرين فى توجيه التقييد بماء محترم مسلكا آخر وقصد رد التوجيه الاول حيث قال ولا يكون من بغى

غير

وأما حكمته فهو التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهمه بماء محترم بأن لا يكون من بغى وانما قيد بذلك وان كان الحكم فى غير المحترم كذلك فان الجارية الحامل من الزنا لا يحل وطؤها حملا للحال على الصلاح أما الحكمة فلا تصلح لاضافة الحكم اليها لتأخرها عنه

(قال المصنف وهو أن يكون الولد الخ) أقول أى الاستبراء لان يكون الولد الخ وحذف الجار مع أن وأن قياس (قال المصنف لان العلة الحقيقية ارادة الوطء) أقول لعل المراد هو التمكن الشرعى (قوله وانما قيد بذلك الى قوله على الصلاح) أقول قوله حملا تعليل لقوله وانما قيد وقوله فان الجارية تعليل لقوله كذلك (قوله ولتأخرها عنه) أقول وابطاء منها

غيرأن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك

لما سبق فى كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ولا يرد عليه النقض بالجارية الحامل من الزنا فانه لا يحل وطؤها لان ذلك الشغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح الى هنا كلامه أقول فيه خلل من وجوه الاول ان قوله لما سبق فى كتاب النكاح ان نكاح المزنية ووطأها جائز بلا استبراء ليس بتعليل صحيح للمدعى ههنا لان جواز نكاح المزنية وجواز وطئها للزوج بلا استبراء لا يدل على جواز وطء الجارية المزنية للمتملك بلا استبراء كيف والذى سبق فى كتاب النكاح هو أنه اذا رأى امرأة تزنى فتزوجها حل له أن يطأها قبل الاستبراء عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا أحب له أن يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء الغير فوجب التنزه كما فى الشراء ولهما أن الحكم بجواز النكاح أمارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل فقد تلخص منه أنه لا خلاف فى وجوب الاستبراء فى الشراء مطلقا وانما الخلاف فى الاستبراء فى نكاح المزنية والكلام ههنا فى الشراء ونحوه من التملكات فلا يتم التقريب أصلا والثانى ان قوله فاذا جاز وطؤها بلا استبراء مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى ليس بمستقيم لان مجرد احتمال الزنا لو كان مجوزا للوطء بلا استبراء لارتفع وجوب الاستبراء فى باب تملك الجارية بالكلية اذ احتمال الزنا غير منتف فى كل جارية تملك وان كان مراده أنه اذا جاز وطؤها بلا استبراء فى صورة النكاح مع تحقق الزنا فجوازه مع احتماله أولى فى تلك الصورة لا يتم التقريب كما لا يخفى والثالث ان قوله فى دفع النقض بالجارية الحامل من الزنا لان ذلك الشغل محقق ولا يلزم من عدم حل وطئها لذلك عدم حله لشغل محتمل انما يتم أن لو كان الاحترام فى قول المصنف بماء محترم قيدا لتوهم الشغل فقط لا لمجموع حقيقة الشغل وتوهم الشغل معا والظاهر من كلام المصنف أن يكون قيدا للمجموع وقد أفصح عنه ذلك البعض من قبل حيث قال فى شرح قول المصنف وهو أن يكون الولد ثابت النسب وهو أى احترام الماء سواء اشتغل به الرحم حقيقة أو توهما أن يكون الولد الحاصل منه ثابت النسب انتهى فاذا كان قيدا للمجموع يرد النقض بالجارية الحامل من الزنا فان رحمها مشتغل حقيقة بماء غير محترم مع وجوب الاستبراء فيها أيضا والرابع أن قوله على أن عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء بل لئلا يسقى ماؤه زرع غيره كما مر فى كتاب النكاح مما لا حاصل له ههنا فان مدار النقض المذكور على عدم احترام الماء فى الحامل من الزنا حيث وجب الاستبراء فى الجارية الحامل من الزنا أيضا مع عدم احترام الماء فيها فانتقض بها التقييد بماء محترم عكسا والقول بان عدم جواز وطئها ليس لاحترام الماء فيها لا يدفع النقض بل يؤيده كما لا يخفى (قوله غيرأن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء) قال صاحب العناية فى بيان هذا فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده وورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه وقال ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو التمكن الشرعى انتهى أقول كل من ايراده وما اختاره ليس بتام أما الاول فلان كون غير صحيح المزاج ممنوعا أيضا عن الوطء ودواعيه ممنوع فان غير صحيح المزاج عاجز عن الوطء والمنع عن الشئ انما يكون عند القدرة عليه ألا يرى أنه لا معنى لان يقال الاعمى ممنوع عن النظر الى المحرمات وعن هذا قال تاج الشريعة فى بيان ان الاستبراء يجب على المشترى لا على البائع لان الشارع نهى عن الوطء والنهى انما يستقيم

وأما العلة ههنا فكذلك لان الارادة أمر مبطن لا يطلع عليه لان بعض من يستحدث الملك قد لا يريد ذلك فيدار الحكم على دليل الارادة وهو التمكن من الوطء فان صحيح المزاج اذا تمكن منه أراده والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه وجودا وعدما تيسيرا هذا فى المسببة ثم تعدى الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع بأن جعلت الامة بدل الخلع والكتابة بأن جعلت الامة بدلا فيها فان قيل الموجب ورد فى المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق كما ذكرتم فهلا يقتصر عليها فالجواب أن غيرها فى معناها حكمة وعلة وسببا فألحق بها دلالة .

(قال المصنف وأدير الحكم عليه) أقول وجودا وعدما كما يجىء فى هذه الصحيفة (قوله فان صحيح المزاج اذا تمكن منه الخ) أقول فيه بحث فان غير صحيح المزاج ممنوع أيضا عن الوطء ودواعيه ولعل الاولى أن يقول فان الظاهر أن المتمكن منه يريده والتمكن انما يثبت الخ والمراد من التمكن هو التمكن الشرعى

واذا ظهر هذا قلنا وجب على المشترى من مال الصبى بان باع أبوه أو وصيه وان كان لا يتحقق الشغل شرعا فيحتاج الى التعرف عن البراءة ومن المرأة والمملوك المأذون له فى التجارة وممن لا يحل له وطؤها لكونها أخته رضاعا أو ورثها وهى موطوءة أبيه وكذا اذا كانت بكرا لتحقق السبب وهو استحداث

الملك واليد ولا يجتزأ بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها

وكذا يجب على المشترى من مال الصبى ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التى اشتراها فى أثنائها ولا بالحيضة التى حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابى يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل الاجازة فى بيع الفضولى وان كانت فى يد المشترى ولا بالحاصل بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل أن يشتريها شراء صحيحا لما قلنا (ويجب فى جارية للمشترى فيها شقص فاشترى الباقى) لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التى حاضتها بعد القبض وهى مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما فى حالة الحيض (ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة أو ردت المغصوبة أو المؤاجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها فى كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرمة الوطء حرم الدواعى لافضائها اليه أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعى فيها لانه لا يحتمل الوقوع فى غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق فى الدواعى لا يفضى الى الوطء والرغبة فى المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فتفضى اليه

وقال أبو يوسف رحمه الله يجتزأ بها لحصول المقصود وهو تعرف البراءة ولا بالتى حصلت بعد الاستحداث بسبب من الاسباب قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها أى بعد أسباب الملك قبل القبض لتحقق ذلك قبل تمام السبب لان السبب استحداث الملك واليد وهى انما تكون بالقبض ولا معتبر بالحكم قبل السبب وما بعده واضح وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب (ولا يجب الاستبراء على الآبقة) يعنى التى أبقت فى دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان أبقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه من الوجوه فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب عليه الاستبراء لانهم ملكوها وقوله (حرم الدواعى لافضائها اليه) أى الى الوطء كما اذا ظاهر من امرأته فانه حرم وطؤها وحرم دواعيه لافضائها اليه

عند تمكن الوطء والتمكن للمشترى لانه هو المتملك لا على البائع لانه معرض انتهى وأما الثانى فلانه كيف يكون المراد من التمكن ههنا هو التمكن الشرعى والظاهر أن التمكن الشرعى مما هو محرم شرعا غير متصور والوطء قبل الاستبراء محرم قطعا ولا شك أن علة الاستبراء متقدمة عليه فلابد أن يكون دليلها أيضا متقدما عليه والمفروض أنه هو التمكن من الوطء فلو كان المراد من ذلك التمكن هو التمكن الشرعى دون التمكن الطبعى لزم أن يتمكن من المحرم الشرعى تمكنا شرعيا وهو ظاهر المحذور تأمل (قوله وكذا يجب على المشترى من مال الصبى ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لخفائها) وعن هذا قالوا ان الحكمة تراعى فى الجنس لا فى كل فرد واعترض عليه صدر الشريعة فى شرح الوقاية وأجاب حيث قال يرد عليه أن الحكمة لا تراعى فى كل فرد ولكن تراعى فى الانواع المضبوطة فاذا كانت الامة بكرا أو مشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه ينبغى أن لا يجب الاستبراء لان عدم الشغل بالماء المحترم متيقن فى هذه الانواع والجواب أنه انما يثبت بالنص لقوله عليه السلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة فان السبايا لا تخلو من أن يكون فيها بكر أو مسبية من امرأة ونحو ذلك ومع هذا حكم النبى صلى الله عليه وسلم حكما عاما فلا يختص بالحكمة فاذا ثبت الحكم فى السبى على العموم ثبت فى سائر أسباب الملك كذلك قياسا فان العلة معلومة ثم تأيد ذلك بالاجماع الى هنا كلامه وأجاب صاحب الاصلاح والايضاح عن الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ان توهم الشغل ثابت فى البكر وفى المشتراة ممن لا يثبت نسب ولدها منه أما فى الاولى فلان احتمال وصول الماء الى الرحم قائم بدون زوال العذرة وأما فى الثانية فلما ذكر فى الكافى من أن المعتبر التوهم

(قوله وقال أبو يوسف يجتزأ بها) أقول الاولى تأخيره عن قوله ولا بالولادة (قوله اشارة الى قوله لان السبب استحداث الملك الخ) أقول فان قيل المشترى شراء فاسدا يملك بالقبض على ما مر فالسبب موجود فيه قلنا المطلق ينصرف الى الكامل فالمراد استحداث الملك الصحيح ولم

ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد أنها لا تحرم لأنه لا يحتمل وقوعها في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي

سواء كان من المالك أو من غيره ورد الجواب الذي ذكره صدر الشريعة بان الاعتراض المذكور ليس على الحكم حتى يندفع ببيان وجه ثبوته عاما بل على الحكمة بانه لا تصلح حكمة لعدم اطرادها بحسب الانواع المضبوطة انتهى وقال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك الرد هذا الرد مردود لان مبنى الجواب المذكور على أن وجوب رعاية الحكمة في الانواع ليعم الحكم تلك الانواع لا لتكون الحكمة حكمة فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها اهـ أقول ليس هذا بشئ فان شرع الصانع الحكيم لا يخلو عن الحكمة والفائدة فنها ما لا يتيسر وقوف البشر عليه ومنها ما يتيسر ذلك ولما كان ما نحن فيه من قبيل الثاني تعرض الفقهاء قاطبة لبيان الحكمة فيه فقالوا انها تعرف براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل أو توهم الشغل بماء محترم وهذا لا ينافي ثبوت عموم الحكم بدليل من الادلة الشرعية فان الدليل الشرعي في كل حكم شرعي مما لا بد منه وهو غير الحكمة فيه ولا يدفع الحاجة الى ثبوت الحكمة فيه فقوله فحاصله أن الحكم عام لتلك الانواع ههنا بالحديث فلا حاجة الى ثبوت الحكمة فيها خروج عن سنن الصواب جدا فان مآله الاعتراف بعدم صلاحية ما عده أساطين الفقهاء حكمة في هذه المسئلة لأن يكون حكمة فيها وهذا مما لا يتجاسر عليه المتشرع ثم أقول بقي شئ آخر في جواب صدر الشريعة وهو أن قوله فاذا ثبت الحكم في السبي على العموم ثبت في سائر أسباب الملك كذلك قياسا ليس بتام فان النص ورد في المسبية على خلاف القياس لتحقق المطلق للاستمتاع بها وهو الملك كما صرح به في العناية وغيرها وشرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن سنن القياس كما عرف في علم الاصول فأنى يتيسر اثبات الحكم في سائر أسباب الملك بطريق القياس فالوجه أن يقال دلالة بدل قوله قياسا فان الشرط المذكور منتف في الدلالة فيستقيم المعنى تبصر (قوله ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد أنها لا تحرم) قال في العناية واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها وأجيب بان ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما ان التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل هنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت الى هنا لفظ العناية أقول في قوله فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر نظر فان العلة اذا كانت علة صحيحة تامة فوحدتها لا تنافي اعتبارها ولا تضر بالعمل بها وان كان الحكم مما وقع الاجتهاد في خلافه كيف ولم ينقل عن أحد أن العلة الواحدة لا تكفي في المسائل الخلافية بل نرى كثيرا من الخلافيات قد اكتفوا فيها بعلة واحدة والحرمة مما يؤخذ فيه بالاحتياط فكان الاكتفاء فيها بعلة واحدة أولى والظاهر أن الافضاء الى الحرام علة صحيحة تامة ولهذا قالوا في تعليل حرمة الدواعي قبل الاستبراء في غير المسبية لافضائها الى الوطء الحرام أو لاحتمال وقوعها في ملك الغير ولا شك أن كلمة أو تدل على استقلال كل واحد من العلتين واكتفوا في تعليل حرمة الدواعي في كثير من المسائل بالعلة الاولى كما في الظهار

وقوله (ولم يذكر الدواعي في المسبية) يعني في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله أنها لا تحرم واستشكل ذلك حيث تعدى الحكم من الاصل وهي المسبية الى الفرع وهو غيرها بتغيير حيث حرمت الدواعي في غير المسبية دونها وأجيب بأن ذلك باعتبار اقتضاء الدليل المذكور في الكتاب وفيه نظر من وجهين أحدهما أن التعدي ان كان بالقياس فالجواب المذكور غير دافع لان عدم التغيير شرط القياس كما عرف في موضعه وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المشروط والثاني أن ما دل على حرمة الدواعي في غير المسبية أمران الافضاء والوقوع في غير الملك فان لم تحرم بالثاني فلتحرم بالاول اذ الحرمة تؤخذ بالاحتياط ويمكن أن يجاب عنه بأن التعدية ههنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه والدليل ههنا أن حرمة الدواعي في هذا الباب مجتهد فيه ولم يقل بها الشافعي وأكثر الفقهاء رحمهم الله فلما كان علتها في المسبية أمرا واحدا لم تعتبر ولما كان في غيرها أمران تعاضدا اعتبرت

(قوله ولا يبعد أن يكون اللاحق دلالة حكم الدليل) أقول لم لا يجوز مثل ذلك في القياس فانه يكون بدليل آخر وليس بتغيير ليستلزم فقدان شرط القياس فليتأمل

وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن وقوله (وان ارتفع حيضها) أى امتد طهرها فى أوان الحيض لا يطؤها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل جامعها

بخلاف المشتراة على ما بينا (والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل) لما روينا (وفى ذوات الاشهر بالشهر) لانه أقيم فى حقهن مقام الحيض كما فى المعتدة واذا حاضت فى أثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما فى المعتدة فان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير فى ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشرة أيام وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والامة فى الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبى حنيفة قال (ولا بأس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند أبى يوسف خلافا لمحمد) وقد ذكرنا الوجهين فى الشفعة والمأخوذ قول أبى يوسف فيما اذا علم أن البائع لم يقربها فى طهرها ذلك وقول محمد فيما اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع قبل الشراء أو المشترى قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم يطلق الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض

لان المقصود تعرف براءة الرحم وقد حصل بمضى مدة تدل على أن الحبل لو كان لظهر وليس فيها تقدير فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله الا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو ثلاثة على ما ذكر فى الكتاب الخ قيل والاول أصح وهو أن يتركها شهرين أو ثلاثة لظهور الحبل فى ذلك غالبا وقوله (ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها) لف ونشر يعنى يشتريها ويقبضها اذا زوجها البائع أو يقبضها اذا زوجها المشترى قبل القبض وقيد بقوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه لا له والحيلة فى تمشية هذه الحيلة أن يزوجها على أن يكون أمرها بيده يطلقها متى شاء وقيد بقوله ثم يطلق الزوج يعنى بعد القبض لانه ان طلقها قبله كان على المشترى الاستبراء اذا قبضها فى أصح الروايتين عن محمد رحمه الله لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد صار كانه اشتراها فى هذه الحالة وليست فى نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء

والاعتكاف والاحرام وفى المنكوحة اذا وطئت بشبهة كما سيجىء فى الكتاب هذا وقد أورد بعض المتأخرين على قول صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بان التعدية هنا بطريق الدلالة كما تقدم ولا يبعد أن يكون للاحق دلالة حكم الدليل لم يكن للملحق به لعدمه حيث قال بعد نقل ذلك ولا يخفى أن كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس غير مسلم انتهى أقول ليس هذا بمستقيم أما أولا فلان المنع وظيفة المجيب فان حاصل جوابه منع كون التعدية فيما نحن فيه بطريق القياس حتى يلزم المحذور المذكور فى النظر وهو تعدية الحكم من الاصل الى الفرع بتغيير كما عرف فى علم الاصول والاستناد بانها يجوز أن تكون بطريق الدلالة ولا استحالة للتغيير فى هذا الطريق فمقابلة منعه بمنع كون هذا من قبيل الدلالة دون القياس خروج عن قواعد آداب المناظرة وأما ثانيا فلان منع كون التعدية فيما نحن فيه من قبيل الدلالة دون القياس ساقط جدا اذ قد تقرر فى أصول الفقه أن من شرط القياس أن لا يكون حكم الاصل معدولا عن القياس وقد ذكر صاحب العناية فيما مر أن حكم الاستبراء ثابت على خلاف القياس لتحقق الملك المطلق للاستمتاع فلا مجال للقياس فيه وانما يتيسر الالحاق بطريق الدلالة وقد أشار اليه ههنا بقوله كما تقدم فلا وجه للمنع المذكور بعد ذلك ثم ان لذلك البعض فى هذا المقام كلمات أخرى واهية يطول بذكرها الكلام بلا طائل فصفحنا عن التعرض لها روما للاختصار (قوله بخلاف المشتراة على ما بينا) قال صاحب العناية وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة فى المشتراة أصدق الرغبات انتهى وتبعه العينى أقول هذا خبط ظاهر اذ لا فرق بين المسبية والمشتراة فى كون الرغبة فى كل واحدة منهما أصدق الرغبات فكيف يصح أن يشير المصنف فى بيان الخلاف بينهما الى ما لا فرق بينهما فيه أصلا وانما الصواب أن قوله على ما بينا اشارة الى قوله أو لاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع اذ هو الفارق بين المسبية والمشتراة كما يدل عليه قطعا قوله لانها لا تحتمل وقوعها فى ملك الغير لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربى اهـ (قوله والاستبراء فى الحامل بوضع الحمل لما روينا) قال صاحب العناية وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه السلام ولا الحبالى حتى يضعن حملهن انتهى أقول قد سها الشارح المذكور فى لفظ الحديث الذى رواه المصنف فيما مر حيث قال ولا الحبالى حتى يضعن حملهن مع أن لفظه ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن ولعمرى ان هذا كان أظهر من أن يخفى فكان السهو وقع من طغيان القلم فالله خير حافظا (قوله والحيلة اذا لم يكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها) قال

(قوله وقوله على ما بينا اشارة الى قوله والرغبة الخ) أقول بل اشارة الى قوله ولاحتمال وقوعها فى غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع فان بذلك يظهر الفرق بين المسبية والمشتراة ولا وجه لجعله اشارة الى ما ذكره كما لا يخفى

اذا

اذالم يكن فرجها حلالاله لايجب الاستبراء وان حل بعدذلك لان المعتبر أوان وجود السبب كما اذا
كانت معتدة الغير قال (ولايقرب المظاهر ولايلمس ولايقبل ولاينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر)
لانه لما حرم الوطء الى أن يكفر حرم الدواعى للافضاء اليه لان الاصل أن سبب الحرام حرام كما فى
الاعتكاف والاحرام وفى المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم

بعض المتأخرين أطلق المسئلة ولم يقيدها بكون القبض قبل الشراء لا بعده مع وجوب هذا التقييد
قال الامام قاضيخان فى فتاواه فى تصوير المسئلة اذا أراد أن يشترى الجارية يتزوجها المشترى قبل
الشراء اذالم يكن فى نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشترى فلا يجب عليه الاستبراء ثم قال وانما
شرط تسليم الجارية قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح يريد أنه يتحقق
حينئذ سبب وجوب الاستبراء وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاله
بخلاف مالوسلمها قبل الشراء فان القبض السابق بحكم التزوج وان عرض له كونه قبضا بحكم الشراء الى
هنا كلام ذلك البعض أقول فيه خلل أما أولا فلانه جزم بوجوب تقييد هذه المسئلة بكون القبض
قبل الشراء لا بعده واستشهد عليه بما ذكره الامام قاضيخان فى فتاواه وليس بتام فان ماذكره الامام
قاضيخان انما هو قول بعض المتأخرين من المشايخ ومختار نفسه وأما عامة المشايخ فلم يشترطوا فى هذه
المسئلة كون القبض قبل الشراء وعن هذا قال فى الذخيرة والمحيط البرهانى وان لم تكن تحت المشترى
حرة فلاسقاط الاستبراء حيلة أخرى وهى أن يتزوجها المشترى قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها فلا
يلزمه الاستبراء لان النكاح يثبت له عليها الفراش فانما اشتراها وهى فى فراشه وقيام الفراش له عليها
دليل شرعى على فراغ رحمها من ماء الغير انتهى والمصنف قد اختار قول هؤلاء فلذلك أطلق المسئلة ولم
يقيدها بكون القبض قبل الشراء وأما ثانيا فلان قوله يريد أنه يتحقق حينئذ سبب وجوب الاستبراء
وهو حدوث الملك المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاله ليس بسديد لان حدوث الملك
المؤكد بالقبض وقت عدم كون فرجها حلالاله لايوجب الاستبراء بل يقتضى سقوط الاستبراء
ألا يرى الى قول المصنف فيما بعد لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذالم يكن
فرجها حلالاله لايجب الاستبراء وان حل بعد ذلك وكان الصواب أن يقول وهو حدوث الملك المؤكد
بالقبض بعد أن لم يكن فرجها حلالاله بفساد النكاح بملك اليمين تامل تقف ثم قال ذلك البعض ثم
ان صاحب الكافى سلك طريقة المصنف ولم يلتفت الى هذا الشرط الا انه صور المسئلة بصورة تأخير
التسليم تنصيصا على عدم الاشتراط به وعلل المسئلة بما يدل على سقوط الاستبراء فى الصورتين معا
فقال والحيلة ان لم تكن تحت المشترى حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزم
الاستبراء لان بالنكاح ثبت له عليها الفراش وانما اشتراها وهى فراشه وقيام الفراش له عليها دليل شرعى
على تبين فراغ رحمها من ماء الغير ثم الحل له لم يتجدد بملك الرقبة لانها كانت حلالاله بالنكاح قبل ذلك
انتهى فان قلت لانسلم عدم تجدد الحل بملك اليمين فانها وان كانت حلالاله بالنكاح الا أنه زال ذلك
بزواله بالشراء فزمان الشراء خال عن الحل أما عن الحل الحاصل بالنكاح فظاهر لانه زمان زواله
وأما عن الحل الحاصل بملك اليمين فلانه يستعقبه الشراء فان المشترى مالم يفرغ عن التلفظ بلفظ
اشتريت بعد ايجاب البائع لم يحصل له الحل قلت هذه مغالطة لان وجود العلة يقارن وجود المعلول
لا يستعقبه فزمان التلفظ بالحرف الاخير فى اشتريت هو زمان وجود الشراء والحل وزوال النكاح
لا يقال سلمنا أن نوع الحل مستمر ولا يوجد زمان خال عن الحل ولم يحدث نوع الحل الا انه حدث حل هو
أثر ملك اليمين وذلك كاف فى وجوب الاستبراء لانا نمنع ذلك بل الواجب حصول الحل بملك اليمين بعد أن
لم تكن حلالاله بسبب من الاسباب هذا غاية توجيه كلامه لكنه بعد محل نظر اذ لقائل أن يقول الشراء

وقوله (اذا لم يكن فرجها حلالاله لايجب الاستبراء) لان القبض اذذاك ليس بممكن من الوطء والممكن منه جزء العلة ألا ترى أن تزويج المشترى وان كان قبضا حكما لم يعتبر لكونه مزيلا للتمكن وقوله (كما اذا كانت معتدة الغير) يعنى اذا اشترى أمة معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء لان عند استحداث الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشترى فلما لم يجب وقت الاستحداث لم يجب بعده لعدم تجدد السبب قال (ولايقرب المظاهر ولا يلمس الخ) هذه المسئلة ليست من مسائل الاستبراء لكنها مذكورة فى الجامع الصغير استطرادا فان الكلام لما انساق فى الاستبراء الى حرمة الدواعى وفى هذه المسئلة حرمة الدواعى ذكرها ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء وغيره وهذه من غيره

(قوله ويجوز أن يقال صدر الفصل بالاستبراء الخ) أقول لكنها من مسائل باب الظهار

لان الحيض عند شطر عمرها والصوم عند شهر في الصوم والفرض وأكثر العمر نفلا فبقى المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها القصور مددها وقد صح أن النبي عليه السلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال (ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها)

سبب الملك وحل الوطء حكمه وحكم الشئ يتعقبه فزمان وجود الملك خال عن الحل مطلقا فيجب الاستبراء تقدم التسليم أولا فلم يصلح ما ذكره حيلة لاسقاطه أصلا فتأمل فان هذا من المطارح الى هنا لفظ ذلك البعض أقول ما أورده فى خاتمة كلامه ليس بشئ فانه ان أراد بقوله وحكم الشئ يتعقبه أنه يتعقبه زمانا البتة فهو ممنوع جدا وان أراد به أنه يتعقبه ذاتا أى يتوقف عليه فهو مسلم ولكن لا يلزم منه أن يكون زمان وجود الملك خاليا عن الحل مطلقا وبالجملة لزوم تأخر حكم الشئ عن الشئ زمانا ممنوع ولزوم تأخره عنه ذاتا مسلم لضرورة كون حكم الشئ متفرعا عليه ولكن لا يلزم منه خلو زمان ما عن الحل مطلقا فيمن نحن فيه حتى يجب الاستبراء (قوله لان الحيض عند شطر عمرها) قال صاحب النهاية أى يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام فى كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهى نصف الشهر انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية وقال صاحب معراج الدراية أى قريب شطر عمرها وهو الثلث أو المراد البعض انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية وفيه نظر لانه يشير الى أن الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعى علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما انتهى أقول نظره ساقط جدا فان الحديث الذى استدل به الشافعى علينا هو قوله عليه السلام فى نقصان دين المرأة تقعد احداهن شطر عمرها لا تصوم ولا تصلى ووجه استدلاله أن المراد به زمان الحيض والشطر هو النصف فكان أكثر مدة الحيض خمسة عشر يوما وقال الشراح هناك حتى صاحب العناية نفسه ليس المراد بالشطر فى الحديث حقيقته لان فى عمرها زمان الصغر ومدة الحبل وزمان الاياس ولا تحيض فى شئ من ذلك فعرفنا أن المراد به ما يقارب الشطر واذا قدرنا العشرة بهذه الآثار كان مقاربا للشطر وحصل التوفيق انتهى فظهر من ذلك أنه اذا كان الشطر هو النصف كما أشار اليه صاحب النهاية هنا ونص عليه الجوهرى فى صحاحه والمطرزى فى المغرب لا يتقوى استدلال الشافعى علينا بالحديث المذكور بل لا يتمشى استدلاله به علينا أصلا حيث لم يكن مجال لكون الشطر هناك على حقيقته لعدم مساعدة عمر المرأة لها كما بينوا بل لابد وأن يحمل على المجاز بأن يكون المراد به ما يقارب الشطر كما ذكروا قاطبة هناك وعليه جرى صاحب النهاية هنا أيضا فكأن صاحب العناية نسى ما قدمت يداه ثم ان بعض المتأخرين قال فى هذا المقام وشطر الشئ نصفه وبعضه والمراد به هنا هو الثانى دون الاول كما ذهب اليه صاحب النهاية ولهذا أوله بما يقرب من شطره وقال فانه عشرة أيام وهو قريب من خمسة عشر يوما وهى نصف الشهر فكأنه زعم أن الشطر لا يجىء الا بمعنى النصف انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد لان مجىء الشطر بمعنى البعض انما ذكره صاحب القاموس حيث قال الشطر نصف الشئ وجزؤه ومنه حديث الاسراء فوضع شطرها أى بعضها انتهى ولكن ذلك ليس بقطعى فى أن يكون الشطر حقيقة فى معنى البعض أيضا فان أكثر كتب اللغة غير متكفل بالفرق بين الحقيقة والمجاز ولئن سلم أنه حقيقة فى معنى البعض أيضا فليس معنى البعض بمناسب للمقام لان مجرد تحقق الحيض فى بعض عمرها لا يقتضى الحرج فى المنع عن الدواعى أيضا حالة الحيض وانما الذى يقتضى الحرج فى ذلك تحقق الحيض فى نصف عمرها أو فى قريب من نصف عمرها لطول مدة الحيض اذ ذاك وهو المفضى الى الحرج فلذلك حمل صاحب النهاية الشطر الواقع فى عبارة

وأصل

وقوله (لان الحيض عند شطر عمرها) قال فى النهاية أى يقرب من شطر عمرها وهو عشرة أيام فى كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهى نصف الشهر وفيه نظر لانه يشير الى ان الشطر هو النصف ويتقوى بذلك استدلال الشافعى رحمه الله علينا بالحديث على أن أكثر الحيض خمسة عشر يوما وقوله (ومن له أمتان أختان فقبلهما) هذه على ثلاثة أوجه اما ان قبلهما أولم يقبلهما أو قبل احداهما فان لم يقبلهما أصلا كان له أن يقبل ويطأ أيتهما شاء سواء كان اشتراهما معا أو على التعاقب وان كان قبل احداهما كان له أن يطأ المقبلة دون الاخرى وأما اذا قبلهما بشهوة وقيد بذلك لانه اذا لم يكن بشهوة لا يكون معتبرا فالحكم ما ذكره فى الكتاب

وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ بالاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكأنه وطئهما ولو وطئهما فليس له أن يجامع احداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة أو نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا أن يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها

وهو مذهب علي رضي الله عنه عملا باطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين وكان عثمان رضي الله عنه يقول أحلتهما آية يعني قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتهما آية يعني قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين قال المصنف رحمه الله (ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم) لا يقال يجوز أن يكون المراد بالجمع بينهما نكاحا فلا يتناول محل النزاع لان النكاح سبب مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما وطأ فوجب ترجيح المحرم والباقي واضح

المصنف ههنا على النصف وأوله بالقريب من النصف ليوافق مذهبنا في أكثر مدة الحيض (قوله وأصل هذا أن الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطأ بالاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم) قال تاج الشريعة فان قلت الاصل في الدلائل الجمع وأمكن هنا بان يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح وقوله أو ما ملكت أيمانكم على ملك اليمين قلت المعنى الذي يحرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد هنا وهو قطيعة الرحم فيثبت الحكم هنا أيضا ولان قوله أو ما ملكت أيمانكم مخصوص اجماعا فان أمه وأخته من الرضاع والامة المجوسية حرام فلا يعارض ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع انتهى كلامه واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العيني أقول في كل من وجهي الجواب نظر أما في الوجه الاول فلان حاصله أنه على تقدير أن يحمل قوله وأن تجمعوا على النكاح يثبت حكم حرمة الجمع بين الاختين وطأ بملك اليمين أيضا دلالة لوجود المعنى المحرم فيه أيضا وهو قطيعة الرحم لكنه ليس بتام اذ قد تقرر في أصول الفقه أن عبارة النص واشارته ترجحان على دلالة النص عند التعارض والظاهر أن افادة عموم قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم حل الجمع بين الاختين المملوكتين وطأ بالعبارة ولا أقل من أن يكون بالاشارة فيلزم أن يترك بها دلالة الآية الاخرى على حرمة الجمع بينهما وطأ على مقتضى قاعدة الاصول وأما في الوجه الثاني فلان حاصله ان قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم من قبيل العام الذي خص منه البعض فصار ظنيا لتمكن الشبهة كما عرف في علم الاصول فلا يصلح أن يعارض ما هو ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع لكونه قطعيا لكنه ليس بتام أيضا اذ قد تقرر في أصول الفقه أن العام الذي خص منه البعض انما يكون ظنيا اذا كان المخصص موصولا وأما اذا كان مفصولا ومتأخرا فالخاص اذ ذاك يكون ناسخا للعام في القدر الذي تناوله الخاص ويكون العام في الباقي قطعيا بلا شبهة والظاهر أن مخصص الام والاخت من الرضاع والامة المجوسية من قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم ليس بموصول به فلم يكن ظنيا في الباقي بل كان قطعيا كالمحرم للجمع فلم يظهر الرجحان من ذلك الوجه حتى لا يصلح للمعارضة فتأمل (قوله وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره) قال صاحب العناية قوله فينتظم التمليك بسائر أسبابه أي أسباب التمليك كالشراء والوصية والميراث والخلع والكتابة والهبة والصدقة انتهى أقول في بعض تمثيلاته خطأ وهو الوصية والميراث والكتابة أما في الوصية والميراث فلان تمليك الغير في الوصية والميراث انما يثبت بعد موت الموصي والمورث فكيف يدخل ذلك تحت قوله بملك في قوله فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك أو نكاح فان شيأ من المجامعة والمس والنظر لا يتصور بعد الممات على أن نفس التمليك أيضا على حقيقته غير متصور في الارث وأما في الكتابة فلانها ملحقة بالاعتاق كما سيصرح به المصنف بقوله وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا فكانت من فروع قوله أو يعتقها غير داخلة في قوله حتى يملك فرج الاخرى غيره

وكذا الكتابة كالاعتاق فى هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله وبرهن احداهما او اجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا أن يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح فى التحريم ولو وطئ احداهما حل له وطء الموطوأة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرناه بمنزلة الاختين قال (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه) وذكر الطحاوى أن هذا قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبى عليه السلام عانق جعفرا رضى الله عنه حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ماروى أن النبى عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف فى المعانقة فى ازار واحد أما اذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس بها بالاجماع وهو الصحيح قال (ولا بأس بالمصافحة) لانه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

علك اذ المراد بالملك هنا ملك اليمين بدلالة عطف قوله أو نكاح عليه ولا يتصور تمليك الفرج غيره ملك يمين بالكتابة كما لا يخفى على من عرف معنى الكتابة شرعا (قوله وكذا الكتابة كالاعتاق فى هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله) قال صاحب العناية كلمة كذا فى قوله وكذا الكتابة كالاعتاق زائدة وقال الشارح العينى بعد نقل ذلك قلت زيادة كذا فى كلام العرب غير مشهورة انتهى أقول هذا كلام عجيب اذ لا شك أن مراد صاحب العناية أن كلمة كذا ههنا زائدة أى مستدركة لا أنها زائدة كزيادة بعض الحروف لتحسين اللفظ كما توهمه العينى حتى يتوجه اليه قوله زيادة كذا فى كلام العرب غير مشهورة وبالجملة مراد صاحب العناية الدخل لا التوجيه فما ذكره العينى لغو محض ثم أقول يمكن توجيه عبارة المصنف بما يندفع به الاستدراك فى كلمة كذا وهو أن مراد المصنف وكذا أى وككون اعتاق البعض من احداهما كاعتاق الكل الكتابة كالاعتاق أى كاعتاق الكل فحينئذ يصير المقصود من كلمة كذا ههنا هو التشبيه بما قبله كما كان المقصود من كلمة كذا فى قوله وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها هو التشبيه أيضا بما قبله فكأنه قال وأيضا الكتابة كالاعتاق فى هذا والغرض من التشبيه التشريك فى تعليل واحد كما يرشد اليه قوله لثبوت حرمة الوطء بذلك كله فتدبر (قوله وبرهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى ألا يرى أنها لا تخرج بها عن ملكه) أقول كان الظاهر فى التعليل هنا أن يقول لانه لا تثبت بها حرمة الوطء فان مجرد عدم خروجها عن ملكه لا يقتضى أن لا تحل له الاخرى ألا يرى أنها لا تخرج عن ملكه بالكتابة أيضا كما تقرر فى كتاب المكاتب وصرح به الشراح أيضا هنا فيما قبل مع أنه اذا كاتب احداهما تحل له الاخرى كما مر آنفا وحمل الملك فى قوله لا تخرج بها عن ملكه على ملك الوطء كما فعله بعض المتأخرين تعسف لا يخفى اذ المستعمل فى اللغة والعرف حل الوطء لا ملك الوطء وانما يقال ملك اليمين أو ملك النكاح (قوله ولهما ماروى أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهى المعانقة وعن المكاعمة وهى التقبيل)

قوله (وكذا الكتابة كالاعتاق) كلمة كذا زائدة وقوله (فى هذا) أى فى أنه يحل وطء الاخرى واستشكل ذلك لانها بالكتابة لم تخرج عن ملك المولى حتى يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره فكان ينبغى أن لا يحل له وطء الاخرى وأجيب بأن الحل يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطئها فجعل زوال الحل عنها بالكتابة كزواله بالتزويج فيحل له أن يطأ الاخرى وقوله (ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل الخ) واضح وعن عطاء أن ابن عباس رضى الله عنهما سئل عن المعانقة فقال أول من عانق ابراهيم الخليل صلوات الله عليه كان بمكة فأقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له فى هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغى لى أن أركب فى بلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ومشى الى ابراهيم فسلم عليه ابراهيم عليه السلام واعتنقه فكان هو أول من عانق والشيخ أبو منصور رحمه الله وفق بين هذه الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وعبر عنه المصنف رحمه الله بقوله فى ازار واحد فانه سبب يفضى اليها فأما على وجه البر والكرامة اذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به وعن سفيان رحمه الله تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه ولم يذكر القيام تعظيما للغير وروى عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يكره القيام وعن الشيخ الحكيم أبى القاسم رحمه الله أنه كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له فى ذلك فقال لان الاغنياء يتوقعون منى التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون منى ذلك وانما يطمعون جواب السلام والكلام معهم فى العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام

﴿فصل﴾

(قوله فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة) أقول سواء كان فى ازار واحد أو كان عليه جبة أو قميص فبين ماذكره الشيخ أبو منصور وماذكره المصنف فرق ظاهر ولعل الاولى ماذكره الشيخ

قال في غاية البيان وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكاعم المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكامعة والمكاعمة أي عن ملاغمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لاستر بينهما الى هنا لفظ غاية البيان وقال العيني بعد نقل ذلك قلت فيه نظر لان المضاجع هو المعانق غالبا ولا يضاجع أحد غيره الا والغالب أنه يعانقه اه أقول ليس هذا بشئ لان كون المضاجع هو المعانق غالبا ممنوع ولو سلم ذلك فلا يلزم منه أن تكون المكامعة هي المعانقة في الغالب وانما الذي يلزم منه أن يلازم المكامعة والمعانقة في الغالب ولا شك أن أحد المتلازمين لا يكون عين الآخر كالابوة والبنوة فكيف يصح تفسير احداهما بالاخرى ولو سلم صحة التفسير بالاذم بناء على المسامحة لم يفد ههنا لان المضاجعة لما وجدت بدون المعانقة وان كان في غير الغالب كانت المعانقة أخص من المضاجعة فلم يصح تفسير المكامعة التي هي المضاجعة بالمعانقة بناء على عدم صحة التفسير بالاخص ونظر صاحب الغاية انما هو في تفسير المكامعة بالمعانقة لا غير وقال بعض المتأخرين وفسرها المصنف بالمعانقة مع أن المكامعة هي المضاجعة في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها بناء على أن الكلام في المعانقة والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة في القاموس كامعه ضاجعه في ثوب واحد الى هنا كلام ذلك البعض في شرحه وقال في الحاشية فيه رد على صاحب الغاية أقول كل من مقدمات كلامه مجروح أما قوله بناء على أن الكلام في المعانقة تعليلا لتفسير المصنف المكامعة بالمعانقة فظاهر البطلان لان كون الكلام في المعانقة كيف يسوغ تفسير المكامعة بغير معناها وهل يقول العاقل بتغيير معنى لفظ الحديث ليكون مطابقا للمدعاء وأما قوله والظاهر أن ما نهى من المضاجعة هو ما كان على سبيل المعانقة فممنوع اذ لم يقل أحد من الثقات بهذا التخصيص عند بيان المراد بالمكامعة المذكورة في الحديث بل أطلقوها قال الزمخشري في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة أي عن ملاغمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا سترة بينهما انتهى وقال الجوهري في الصحاح وكامعه مثل ضاجعه والمكامعة التي نهى عنها في الحديث أن يضاجع الرجل الرجل لا سترة بينهما انتهى وقال المطرزي في المغرب نهى عن المكاعمة والمكامعة أي عن ملاغمة الرجل الرجل لا سترة بينهما ومضاجعته اياه في ثوب واحد لا سترة بينهما هذا هو المراد بهما في الحديث عن أبي عبيد القاسم بن سلام وابن دريد وغيرهما وهكذا حكاه الازهري والجوهري انتهى وأما قوله لعدم الخلاف في اباحة المضاجعة لا على ذلك الوجه فممنوع أيضا اذ لا شك أن شناعة مضاجعة الرجل الرجل في ثوب واحد لا سترة بينهم ليست بأقل من شناعة مجرد المعانقة ولو في غير داخل الثوب فكيف يقول باباحة الاولى من لا يقول باباحة الثانية سيما عند اطلاق لفظ الحديث بل كونه حقيقة في نفس المضاجعة وأما قوله على أن المكامعة بحسب اللغة هي المضاجعة المخصوصة لا مطلق المضاجعة واستشهاده عليه بما في القاموس فليس بمفيد أصلا لانها وان كانت هي المضاجعة المخصوصة الا أن معناها ليس عين معنى المعانقة ولا مساويا له في التحقق لانفكاك تحقق كل منهما عن الآخر في بعض الصور كما عرفته من قبل فكيف يصح تفسير المكامعة بالمعانقة كما هو حاصل نظر صاحب الغاية فمن أين يحصل الرد عليه بما ذكره ذلك القائل ولعمري ان مفاسد قلة التأمل مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان والله سبحانه وتعالى المستعان

﴿فصل في البيع﴾ أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم قال (ولا بأس ببيع السرقين) كلامه واضح وقوله (في الصحيح)

﴿فصل في البيع﴾ قال (ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة) وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة قال (ومن علم بجارية أنها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه أن يبتاعها ويطأها) لانه أخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة

﴿فصل في البيع﴾ قال الشراح أخر فصل البيع عن فصل الاكل والشرب واللبس والوطء لان أثر تلك الافعال متصل ببدن الانسان وهذا لا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم انتهى أقول كان المناسب بسياق كلامهم أن يقولوا وما كان متصلا كان أحق بالتقديم الا أنهم قالوا وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم افادة في ضمن بيان وجه تأخير هذا الفصل وجه تأخير الفصول السابقة بعضها عن بعض أيضا لان ما هو المتقدم منها أكثر اتصالا ببدن الانسان مما هو المتأخر كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله وهذا اذا كان ثقة) قال صاحب العناية فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بأن معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته ولو جاهته انتهى واقتفى أثره العيني وقد سبقهما الى مأخذ هذا السؤال والجواب تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا وتأويل قوله وهذا اذا كان ثقة بعد قوله على أي وصف كان يعني أنه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز أن يكون فاسق صادق القول لا يكذب لمروءته انتهى أقول لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان المصنف لم يقتصر على قوله وهذا اذا كان ثقة بل قال بعده وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فلا يناقض ما ذكره ههنا قوله فيما قبل على أي وصف كان نعم قد نبه بقوله وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسعه أن يتعرض لشئ من ذلك على عدم دخول بعض جزئيات غير الثقة في الحكم السابق ولا ضير فيه لان المستفاد من قوله على أي وصف كان عموم الاوصاف لا عموم الجزئيات وكلامه ههنا تفصيل لما أجمله فيما قبل ولا بعد في أن يفيد التفصيل ما لا يفيده الاجمال وأما الثاني فلانه لو كان معنى قول المصنف ثقة في قوله وهذا اذا كان ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه كما توهمه هؤلاء الشراح دون معنى العدالة كما هو الظاهر لما تم معنى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق اذ يصير حينئذ معنى قوله غير ثقة من لا يعتمد على كلامه وفي شأن من لا يعتمد على كلامه كيف يتصور أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق ولما تم تعليل ذلك بقوله لان عدالة المخبر غير لازمة لان عدم لزوم عدالة المخبر لا يدل على لزوم الاعتماد على كلامه اذ المفروض من الجواب المذكور جواز كون الفاسق أيضا ممن يعتمد على كلامه فكان من يعتمد على كلامه أعم من العدل ولا شك أن عدم لزوم الاخص لشئ لا يقتضي عدم لزوم الاعم له فالصواب أن مراد المصنف بقوله اذا كان ثقة اذا كان عدلا وبقوله وكذا اذا كان غير ثقة وكذا اذا كان غير عدل ولا تناقض بين ذلك وبين قوله على أي وصف كان أصلا كما حققته آنفا ومما يفصح عن كون المراد بالثقة وبغير الثقة ههنا ما ذكرناه كلام صاحب المحيط حيث قال هذا اذا كان

احتراز عن الرواية الاخرى وهي أن الانتفاع بالعذرة الخالصة يجوز وقوله (على أي وصف كان) يعني حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا رجلا أو امرأة وقوله (لما مر من قبل) يعني في فصل الاكل والشرب في قوله ومن أرسل أجيرا له مجوسيا وهذا لان خبر الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدالة دفعا للحرج وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه أخبر بخبر صحيح لا منازع له فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف كان أجيب بان معنى قوله ثقة أن يكون ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجواز أن لا يكذب الفاسق لمروءته أو لوجاهته

﴿فصل في البيع﴾ (قوله فان قيل قوله وهذا اذا كان ثقة يناقض قوله على أي وصف) أقول ممنوع لان غير العدل لا يلزم ان يدخل تحت قوله على أي وصف كان على ما بينه نفسه ولو سلم فلم يقل المصنف لا يقبل قول غير الثقة ألا يرى الى قوله وكذا اذا كان غير ثقة وقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة لكن يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بينها وبين الديانات فان خبر الفاسق يقبل فيها أيضا بأكبر الرأي على ما مر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات بأكبر الرأي اذا حصل بعد التحري بخلاف ما نحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل (قوله أجيب بأن معنى قوله ثقة) أقول فيه بحث وكذا

المخبرعدلا وان كان المخبرغيرثقة أوكان لايدرى أنه ثقة أوغيرثقة يريدبه أن المخبراذا كان فاسقا أومستورا
نظرفيه فان كان أكبررأيه انه صادق الى آخركلامه فانه ذكرعدلا موضع ثقة وفسرغيرثقة فى قول
محمدوان كان المخبرغيرثقة بالفاسق ومن لايدرى أنه ثقة أوغيرثقة بالمستورحيث قال يريدبه أن المخبر
اذا كان فاسقا أومستورا ومن تتبع كلمات ثقات المشايخ فى باب مسائل قبول خبرالواحد فى كتبهم
المعتبرة لايشتبه عليه أن المرادبالثقة هوالعدل وبغيرالثقة غيرالعدل فانهم كثيرامايذكرون كل
واحدمن لفظى العدل والثقة موضع الآخروكذا الحال فى غيرالثقة وغيرالعدل وقال بعض المتأخرين
فى حل هذا المقام قوله وقول الواحد فى المعاملات مقبول على أى وصف كان يعنى عدلا كان أوغير
عدل صبيا كان أوبالغا حرا كان أوعبدا مسلما كان أو كافرا رجلا كان أوامرأة لكن بشرط كونه
ثقة يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لجوازأن يعتمد على قوله اذا كان وجيها فى الناس ذامروءة لانه
لايميل الى حطام الدنيالوجاهته ولايكذب لمروءته فلامنافاة بين عدم اشتراط العدالة كمادل عليه
قوله على أى وصف كان وبين اشتراط كونه ثقة كماصرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة لان الثانى أعم
من الاول ولوسلم فلامنافاة أيضا لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكانى
صاحبها ببيعها الاالى قبول قول الواحد فى المعاملات فان قوله يقبل أيضا اذالم يكن ثقة كماصرح به
بقوله وكذا اذا كان غيرثقة الاأن قبوله يكون مع ضميمة التحرى الموافق الى هنا كلامه أقول فيه
فساد من وجوه الاول ان قوله لكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه ينافى قول المصنف رحمه الله
وكذا اذا كان غيرثقة وأكبررأيه أنه صادق فكيف يصح شرح كلامه بماينافيه صريح عبارته
والثانى ان قوله وبين اشتراط كونه ثقة كماصرح به بقوله وهذا اذا كان ثقة ليس بصحيح لان قول المصنف
وهذا اذا كان ثقة انمايكون تصريحا باشتراط كونه ثقة أن لواقتصرالكلام عليه ولم يقل وكذا اذا
لم يكن غيرثقة ولماقال وكذا اذا كان غيرثقة كان كلامه صريحا فى عدم اشتراط كونه ثقة كمالايخفى
والثالث أن قوله ولوسلم فلامنافاة أيضا كلام فاسد المعنى لان معناه لوسلم المنافاة بين عدم اشتراط
العدالة وبين اشتراط كونه ثقة فلامنافاة أيضا ولاشك أن تسليم المنافاة يناقض القول بعدم المنافاة
فكان مضمون كلامه المزبورجمعا بين النقيضين اللهم الاأن يكون قوله ولوسلم ناظرا الى قوله لان الثانى
أعم من الاول لاالى قوله فلامنافاة بين عدم اشتراط العدالة الخ فالمعنى ولوسلم عدم عموم الثانى
من الاول فلامنافاة أيضا والرابع أن قوله لان الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد
قوله وكانى صاحبها الاالى قبول قول الواحد فى المعاملات ظاهرالبطلان لان المصنف وغيره عللوا كونه
فى سعة من أن يبتاعها ويطأها بكون قول الواحد فى المعاملات مقبولا على أى وصف كان فلو كان
الاول مشروطا بكونه ثقة دون الثانى لماصح تعليل الاول بالثانى ضرورة عدم استلزام تحقق العام تحقق
الخاص والخامس ان قوله فان قوله يقبل أيضا اذالم يكن ثقة كماصرح به بقوله وكذا اذا كان غيرثقة
يدل على خلاف مدعاه من كون الاشارة بلفظ هذا الى كونه فى سعة من ابتياعها بمجرد قوله وكانى
صاحبها الاالى قبول قول الواحد فى المعاملات اذلاشك أن قول المصنف وكذا اذا كان غيرثقة
عطف على قوله وهذا اذا كان ثقة ولاريب أن محل الحكم فى المعطوف والمعطوف عليه واحد وهو
ماأشيراليه بلفظ هذا فى المعطوف عليه فاذا كان صريح معنى قوله وكذا اذا كان غيرثقة وكذا يقبل
قول الواحد اذا كان غيرثقة كمااعترف به فلاجرم أن يكون معنى قوله وهذا اذا كان ثقة وقبول قول
الواحد اذا كان ثقة على أن يكون لفظ هذا اشارة الى قبول قول الواحد وهوخلاف ماادعاه والسادس
ان اعترافه هنا بكون قول الواحد مقبولا فيما اذا كان غيرثقة أيضا ويكون قول المصنف وكذا اذا
كان غيرثقة صريحا فى ذلك يناقض قوله فى صدر كلامه وقول الواحد مقبول على أى وصف كان

وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر وان كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشئ من ذلك

ولكن بشرط كونه ثقة يعتمد على كلامه وبالجملة ماذكره ذلك البعض في هذا المقام برمته خارج عن نهج الصواب كما لا يخفى على ذوي الالباب (قوله وكذا اذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على مامر) قلت تعليله بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة دليل واضح على كون مراده بغير الثقة غير العدل وبالثقة العدل كما نبهنا عليه من قبل اذ لو كان مراده بالثقة من يعتمد على كلامه وان كان فاسقا وبغير الثقة من لا يعتمد على كلامه كما توهمه جماعة من الشراح على مامر لما صح تعليل قبول قول غير الثقة اذا كان أكبر الرأي أنه صادق بقوله لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة فانه لا يلزم من عدم لزوم عدالته عدم لزوم كونه ممن يعتمد على كلامه فلا يتم التقريب كما لا يخفى بقي في هذا المقام كلام وهو أن الذي ظهر مما ذكره ههنا هو أن عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة ولكن لابد في قبول قوله اذا كان غير عدل من أن يكون أكبر رأي السامع أنه صادق وقد مر في أوائل كتاب الكراهية أنهم فرقوا بين المعاملات والديانات بأنه يقبل في المعاملات قول الفاسق مطلقا ولا يقبل في الديانات قول الفاسق ولا المستور الا اذا كان أكبر رأي السامع أنه صادق فكان ماذكره ههنا مخالفا لما مر هناك لان ما اعتبر هناك في الديانات دون المعاملات قد اعتبر ههنا في المعاملات أيضا وقد تنبه بعض الفضلاء لورود هذا الاشكال فذكر اجمال ماذكرناه وأجاب عنه حيث قال يرد على المصنف أنه اذا كان قبول خبره متوقفا على حصول أكبر الرأي لا يبقى فرق بين المعاملات والديانات فان خبر الفاسق يقبل في الديانات أيضا بأكبر الرأي على مامر وجوابه أن خبر الفاسق انما يقبل في الديانات بأكبر الرأي اذا حصل بعد التحري بخلاف مانحن فيه حيث لا يشترط التحري فتأمل انتهى أقول جوابه ليس بشئ فان أكبر الرأي لا يمكن أن يتحقق بدون التحري اذ التحري طلب ماهو أحرى الامرين في غالب الظن كما صرح به في عامة كتب اللغة فما لم يطلب ذلك ولم يتوجه اليه كيف يتصور حصول أكبر الرأي فلا معنى لعدم اشتراط التحري فيما نحن فيه عند اشتراط أكبر الرأي فيه وانما اعتبار أكبر الرأي فيه اعتبار التحري بعينه وعن هذا وقع التعبير في بيان هذه المسئلة بعينها في المحيط البرهاني بلفظ التحري بدل أكبر الرأي حيث قال فيه وان كان الذي في يديه الجارية فاسقا لا تثبت اباحة المعاملة معه بنفس الخبر بل يتحرى في ذلك فان وقع تحريه على أنه صادق حل له الشراء منه وان وقع تحريه على أنه كاذب لا يحل له أن يشتريها منه وان لم يكن له رأي يبقى ما كان على ما كان كما في الديانات انتهى ثم أقول الاشكال المذكور لا يختص بهذا الكتاب بل يتجه على غيره أيضا وعن هذا قال المحقق التفتازاني في التلويح ذكر فخر الاسلام في موضع من كتابه أن اخبار غير العدل يقبل في المعاملات من غير انضمام التحري وفي موضع آخر أنه يشترط التحري ومحمد رحمه الله ذكر القيد في كتاب الاستحسان ولم يذكره في الجامع الصغير وقال في التوجيه فقيل يجوز أن يكون المذكور في كتاب الاستحسان تفسيرا لما ذكره في الجامع الصغير فيشترط التحري ويجوز أن يشترط استحسانا ولا يشترط رخصة ويجوز أن يكون في المسئلة روايتان انتهى وقد ذكرت فيما مر في أوائل كتاب الكراهية بعد نقل هذه التوجيهات عن التلويح أن المختار عندي من بينها هو التوجيه الثاني لانه هو الحاسم لمادة الاشكال الفارق بين المعاملات والديانات اذ لا رخصة في الديانات بدون التحري والآن أيضا أقول كذلك فيحصل به التوفيق بين الكلامين في المقامين في هذا الكتاب وغيره

وقوله (لان أكبر الرأى يقوم مقام اليقين) يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء الا ترى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره انها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه انه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر رأيه انه لص قصد قتله وأخذ ماله واذا كان أكبر رأيه انه هارب من اص لم يعجل بذلك وقوله (الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) كدرة فى يد فقير لا يملك شيأ أو كتاب فى يد جاهل لم يكن

فى آبائه من هو أهل لذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه وقوله (وان كان الذى أتاه بها) أى بالجارية لان هذا كله مبنى على قوله ومن علم بجارية أنها لفلان فرأى آخر يبيعها يعنى أن الآتى بالجارية اذا كان عبدا أو أمة وقال لآخر وهبتها منك أو بعتها منك فليس للآخر أن يقبلها منه ولا أن يشتريها منه حتى يسأل عن ذلك لان المنافى للملك وهو الرق معلوم فيه فما لم يظهر له دليل مطلق للتصرف فى حق من رآه فى يده لا يحل له الشراء وقوله (وان لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر) بالراء المهملة أى المانع فلا بد من دليل وقوله (ولو أن امرأة أخبرها ثقة) بناء على أن القاطع اذا كان طارئا ولا منازع للمخبر به يقبل قول الواحد فان كان ثقة لا يحتاج الى غيره وان لم يكن لا بد من انضمام أكبر رأى المخبر له واذا ظهر ذلك سهل تطبيق الفروع عليه وقوله (لان القاطع طارئ فيه) والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد فى افساد النكاح بعد الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير فيها لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملكه فيها ليس كذلك بل باستصحاب الحال

لان أكبر الرأى يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر رأيه لان اخباره حجة فى حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشئ فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثانى لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك فى حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر بأكبر الرأى عند وجود الدليل الظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى أن يكون فى سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعى وان كان الذى أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره فان أخبره أن مولاه أذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر أكبر الرأى وان لم يكن له رأى لم يشترها لقيام الحاجر فلا بد من دليل قال (ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة وأتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدرى أنه كتابه أم لا الا أن أكبر رأيها أنه حق) يعنى بعد التحرى (فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج) لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس أن يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت

(قوله لان أكبر الرأى يقام مقام اليقين) قال صاحب العناية يعنى فيما هو أعظم من هذا كالفروج والدماء ألا يرى أن من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته وسعه أن يطأها اذا كان ثقة عنده أو كان أكبر رأيه أنه صادق وكذا اذا دخل رجل على غيره ليلا شاهرا سيفه فلصاحب المنزل أن يقتله اذا كان أكبر رأيه أنه لص قصد قتله وأخذ ماله وان كان أكبر رأيه انه هارب من لص لم يعجل بقتله انتهى وورد عليه بعض المتأخرين حيث قال قوله لان أكبر الرأى يقام مقام اليقين أى فى كثير من الاحكام حتى يجب به شئ كالتوجه الى جهة التحرى ويحرم به شئ كالصلاة اذا توضأ بماء أخبر بنجاسته غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق فيجعل أكبر الرأى دليلا شرعيا أيضا فيما نحن فيه بل فيما هو أعظم منه كالفروج والدماء وقال فى الحاشية من قال فى تفسير قوله يقام مقام اليقين يعنى فيما هو أعظم كالفروج والدماء فقد سها انتهى أقول نسبة السهو اليه فى تفسيره المذكور سهو عظيم فانه سلك فى تفسيره المذكور مسلك الدلالة واثبات الحكم فيما نحن فيه بالاولوية كما فى قوله تعالى فلا تقل لهما أف فان فيه النهى عن الضرب بالاولوية وليت شعرى ماذا يقول ذلك القائل فى شأن الامام الربانى محمد رحمه الله تعالى فانه أيضا قال فى الاصل فى هذا المقام وأكبر الرأى يجوز للعمل فيما هو أكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء فان من تزوج امرأة فأدخلها عليه انسان وأخبره أنها امرأته الخ كما نقل عنه فى النهاية والكفاية ومعراج الدراية ولا يخفى أنه أيضا مشل ما قاله صاحب العناية فى كونه من تلك الدلالة بالاولوية بل ذلك مأخذ ما قاله صاحب العناية وعن هذا قال فى النهاية والكفاية بعد نقل ذلك عن محمد فعلم بهذا ان فيما هو أهم الامور وهو الدماء والفروج جاز العمل بأكبر الرأى عند الحاجة مع أن الغلط اذا وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك أولى انتهى (قوله لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع) اعترض عليه بانه ان قبل خبر الواحد فى افساد النكاح بعد

(قال المصنف وان كان الذى أتاه بها عبدا الخ) أقول قوله عبدا خبر كان وأتاه بها صلة للذى والهاء فى أتاه مفعول وهو الشخص الذى أقدم على الشراء من العبد الذى أتى بالجارية أو من الجارية التى أتى بالجارية والباء فى بها باء التعدية

عدتى وتزوجت بزوج آخر ودخل بى ثم طلقنى وانقضت عدتى فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت أمة فلان فأعتقنى لان القاطع طار ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا اذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهى مرتدة أو أختك من الرضاعة لم يتزوج بأختها أو أربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه أخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها فى يد رجل يدعى أنها له فلما كبرت لقيها رجل فى بلد آخر فقالت أنا حرة الاصل لم يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال (واذا باع المسلم خمرا وأخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين أن يأخذ منه وان كان البائع نصرانيا فلا بأس به) والفرق أن البيع فى الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل أخذه من البائع وفى الوجه الثانى صح البيع لانه مال متقوم فى حق الذمى فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال (ويكره الاحتكار فى أقوات الآدميين والبهائم اذا كان ذلك فى بلد يضر الاحتكار بأهله وكذلك التلقى فأما اذا كان لا يضر فلا بأس به) والاصل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفى الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقى على هذا التفصيل لان النبى عليه السلام نهى عن تلقى الجلب وعن تلقى الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقى على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه فى الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا أو فضة أو ثوبا وعن محمد رحمه الله انه قال لا احتكار فى الثياب فأبو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر فى الكراهة وأبو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هى مقدرة بأربعين يوما لقوله عليه السلام

الصحة من هذا الوجه فوجه آخر فيه يوجب عدم القبول وهو أن الملك للزوج فيها ثابت والملك الثابت للغير لا يبطل بخبر الواحد وأجيب بأن ذلك اذا كان ثابتا بدليل موجب وملك الزوج فيها فى الحال ليس بدليل موجب بل باستصحاب الحال وخبر الواحد أقوى من استصحاب الحال كذا فى العناية وكثير من الشروح وقال بعض المتأخرين بعد ذكر هذا الاعتراض والجواب فيه بحث لانه سبق فى فصل الاكل والشرب ان الحل والحرمة من باب الديانات فيقبل قول الواحد فيهما اذا لم تتضمن الحرمة زوال الملك كما اذا أخبر واحد عدل بحل طعام فيؤكل أو حرمته فلا يؤكل لان الحرمة لا تنافى الملك وأما اذا تضمنت زوال الملك فلا يقبل ولا يثبت به الحرمة كما اذا أخبر عدل للزوجين أنهما ارتضعا من فلانة لان الحرمة المؤبدة لا تتصور مع بقاء ملك النكاح فاضمحل الجواب وبقى الاشكال انتهى كلامه أقول بحثه ساقط جدا لان الذى تقرر فى فصل الاكل والشرب هو أن خبر الواحد العدل يقبل فى باب الحل والحرمة اذا لم يتضمن زوال الملك وأما اذا تضمن زواله فلا يقبل بناء على أن بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد وذلك كلام مجمل لم يفصل فيه أنه اذا تضمن زوال الملك الثابت بدليل موجب لم يقبل وأما اذا تضمن زوال الملك الثابت باستصحاب الحال فيقبل فنشأ الاعتراض ههنا نظرا الى ظاهر اجمال ما ذكر

وخبر الواحد أقوى منه والباقى واضح قال (واذا باع المسلم خمرا الخ) كلامه واضح وروى عن محمد رحمه الله انه قال هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضى فان كان بقضاء القاضى بان قضى عليه بهذا الثمن غير عالم بكونه ثمن الخمر طاب له ذلك بقضائه وقوله (ويكره الاحتكار) الاحتكار افتعال من حكر أى حبس والمراد به حبس الاقوات متربصا للغلاء وقوله (فان لبس فهو مكروه فى الوجهين) يعنى فى الاضرار وعدمه

من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله و برئ الله منه وقيل بالشهر لان مادونه قليل عاجل والشهر ومافوقه كثير آجل وقد مر فى غير موضع و يقع التفاوت فى المأثم بين أن يتربص العزة و بين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة فى الدنيا أما يأثم وان قلت المدة والحاصل أن التجارة فى الطعام غير محمودة قال (ومن احتكر غلة ضيعته أوما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر) أما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثانى فالمذكور قول أبى حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع فى المصر وجلب الى فنائها وقال أبو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر فى الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال (ولا ينبغى للسلطان أن يسعر على الناس) لقوله عليه السلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغى للامام أن يتعرض لحقه الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضى هذا الامر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة فى ذلك و ينهاه عن الاحتكار فان رفع اليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجراله ودفعا للضرر عن الناس فان كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة من أهل الرأى والبصيرة فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجازه القاضى وهذا ظاهر عند أبى حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذى عرف فى بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال (و يكره بيع السلاح فى أيام الفتنة) معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه فى السير وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لانه يحتمل أن لا يستعمله فى الفتنة فلا يكره بالشك قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا) لان المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغييره بخلاف بيع السلاح فى أيام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه قال (ومن أجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به) وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا ينبغى أن يكريه لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية

وقوله (ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا) بأن يبيعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين فيمنعون منه دفعا للضرر عن المسلمين وقوله (يرى الحجر لدفع ضرر عام) يعنى كالطبيب الجاهل والمكارى المفلس

هنالك فأجيب عنه بأن المراد من زوال الملك هنالك زوال الملك الثابت بدليل موجب لازواله ولو كان باستصحاب الحال لان خبر الواحد أقوى من استصحاب الحال لكون الاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة أصلا بخلاف خبر الواحد فكان الجواب المذكور ههنا تفصيلا للاجمال الواقع هنالك فى الظاهر فكان جوابا شافيا قد اضمحل به الاشكال كما لا يخفى (قوله وان كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لانه يحتمل أن لا يستعمله فى الفتنة فلا يكره بالشك) قال بعض المتأخرين قوله لانه يحتمل أن لا يستعمله فى الفتنة ولو احتمالا ضعيفا فلا يكره بالشك لوجود هذا الاحتمال فليس الشك على معناه المصطلح انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح لان كون احتمال أن لا يستعمله فى الفتنة ضعيفا فى حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ممنوع كيف وأمور المسلمين محمولة على الصلاح والاستقامة كما صرح به صاحب الغاية وغيره فى تعليل هذه المسئلة ففى حق من لم يكن معروفا بكونه من أهل الفتنة ان لم يكن احتمال أن لا يستعمله فى الفتنة أقوى وأرجح فلا أقل من أن يكون مساويا للاحتمال خلافه فالشك على معناه المصطلح عليه قطعا ولو كان احتمال أن لا يستعمله فى الفتنة ضعيفا مرجوحا كان احتمال أن يستعمله فى الفتنة قويا راجحا فينبغى أن يكون السلاح من مثله فى أيام الفتنة مكروها وجواب المسئلة على

وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهـذا تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لايمكنون من اتخاذ البيع والكنائس واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الاصح قال (ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يكره له ذلك) لانه اعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه له أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية

خلافه وبالجملة لا وجه للشرح المذكور أصلا (قوله وله أن الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه) أقول ينتقض هذا التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسئلة بمسائل متعددة مذكورة في الذخيرة والمحيط وفتاوى قاضيخان وسائر المعتبرات من غير بيان خلاف في شئ منها من أحد من أئمتنا منها أنه اذا استأجر الذمي من المسلم بيعة ليصلي فيها فان ذلك لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لانه استأجرها ليصلي فيها وصلاة الذمي معصية عندنا وطاعة في زعمه وأي ذلك اعتبرنا كانت الاجارة باطلة لان الاجارة على ما هو طاعة أو معصية لا تجوز انتهى ومنها أنه اذا استأجر المسلم من المسلم بيتا ليجعله مسجدا يصلي فيه المكتوبة أو النافلة فان هذه الاجارة لا تجوز في قول علمائنا وعند الشافعي تجوز قال في المحيط وهذا لانها وقعت على ما هو طاعة فان تسليم الدار ليصلي فيها طاعة ومن مذهبنا أن الاجارة على ما هو طاعة لا تجوز وعنده تجوز وكان هذا بمنزلة ما لو استأجر رجلا للاذان أو الامامة لا يجوز عندنا لانه طاعة وعند الشافعي يجوز فكذلك هذا انتهى ومنها انه اذا استأجر ذمي من ذمي بيتا يصلي فيه لا يجوز قال في المحيط والذخيرة لان صلاتهم طاعة عندهم معصية عندنا وأي ذلك كان لم تجز الاجارة انتهى اذ لا يخفى أن التعليل المذكور في الكتاب من قبل أبي حنيفة في مسئلتنا يقتضي أن لا تبطل الاجارة في تلك المسائل أيضا فان الاجارة انما ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ومنفعة البيت ليس بطاعة ولا معصية وانما الطاعة والمعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر فينبغي أن تصح الاجارة فيها أيضا عنده مع أن الامر ليس كذلك كما عرفت فان قلت ان الاجارة وان وردت على منفعة البيت الا أن لجعل منفعته حين العقد لاجل الطاعة أو المعصية تأثيرا في بطلان الاجارة قلت فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه أيضا والحاصل أن الفرق بين تلك المسائل ومسئلتنا هذه في الحكم والدليل مشكل جدا فليتأمل ثم انه ذكر في الذخيرة والمحيط اذا استأجر الذمي من المسلم دارا ليسكنها فلا بأس بذلك لان الاجارة وقعت على أمر مباح فجازت وان شرب فيها الخمر أو عبد فيها الصليب أو أدخل فيها الخنازير لم يلحق المسلم في ذلك شئ لان المسلم لم يؤاجرها لها انما آجر للسكنى فكان بمنزلة ما لو آجر دارا من فاسق كان مباحا وان كان قد يعصي فيها ولو اتخذ فيها بيعة أو كنيسة أو بيت نار يمكن من ذلك ان كان في السواد قال شيخ الاسلام وأراد بهذا اذا استأجرها الذمي ليسكنها ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ كنيسة أو بيعة فيها أما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز الى هنا لفظ الذخيرة والمحيط قال بعض المتأخرين بعد نقل ذلك عن صاحب المحيط ولا خفاء فيما بينه وبين ما ذكره المصنف من التنافي أقول ان التنافي بينهما ممنوع اذ يجوز أن يكون بناء قول شيخ الاسلام فأما اذا استأجرها في الابتداء ليتخذها بيعة أو كنيسة لا يجوز على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة لكون مختار نفسه قولهما وانما يلزم التنافي بينهما أن لو قال لا يجوز عند أبي حنيفة أو قال لا يجوز عندهم

(قوله (وليس الشرب من ضرورات الحمل) لان الشرب قد يوجد بدون الحمل وبالعكس فلا يكون الحمل مستلزما للمعصية.

قال (ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا بأس ببيع أرضها أيضا وهذا رواية عن أبي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولأبي حنيفة قوله عليه السلام ألا ان مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر آية أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكأنما أكل الربا ولان أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء يكره له ذلك) لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو أن يأخذ منه ماشاء حالا فحالا ونهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ماشاء جزأ فجزأ لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شئ على الآخذ والله أعلم

وقوله (ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ماشاء) واضح ولكن في لفظ الكتاب اشتباه وذلك لان عند للوديعة فلا فرق حينئذ بين صورة الوديعة والقرض ويجوز أن يجعل قوله يأخذ منه ماشاء خارجا مخرج الشرط يعني وضعه بشرط أن يأخذ منه ماشاء وأما اذا وضعه ولم يشترط شيأ فهو وديعة ان هلك لم يضمن البقال شيأ

جميعا وليس فليس وذكر أحد الفوا ين في المسئلة الخلافية بدون بيان الخلاف ليس بعزيز في كلام الثقات وعن هذا نرى كثيرا من أصحاب المتون يذكرون قول أبي حنيفة في كثير من المسائل الخلافية بدون بيان الخلاف ثم الشراح يبينون الخلاف الواقع في ذلك وكيف لا يكون مراد شيخ الاسلام بقوله المزبور ماذكرناه وقد صرح محمد رحمه الله في الجامع الصغير بأنه لا بأس عند أبي حنيفة أن تؤاجر بيتك ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع الخمر فيه بالسواد وهل يليق بمثل شيخ الاسلام أن يغفل عن مسئلة الجامع الصغير ثم قال ذلك البعض ثم كلام المصنف صريح في ان اجارة البيت ليباع فيه الخمر مع كونه معصية انما صحت عند أبي حنيفة لتخلل فعل فاعل مختار وقد صرح صاحب المحيط بان صحتها لعدم كون بيع الخمر معصية للذمي كشربه لان خطاب التحريم غير نازل في حقه ولا خفاء فيما بينهما أيضا من التنافي انتهى أقول كون كلام المصنف صريحا فيما ذكره ممنوع لجواز أن يكون قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه خارجا مخرج التغليب فان في المسئلة المذكورة صور الجار البيت لان يتخذ فيه بيت نار واجاره لان يتخذ فيه كنيسة واجاره لان يتخذ فيه بيعة واجاره لان يباع فيه الخمر ولا شك أن اتخاذ بيت النار واتخاذ الكنيسة واتخاذ البيعة معصية للذمي أيضا لكون الكفار مخاطبين بالايمان بلا خلاف واتخاذ تلك الامور ينافي الايمان فكانت معصية قطعا وان لم يكن بيع الخمر معصية للكافر بناء على القول بان خطاب التحريم غير نازل في حق الكفار فيجوز أن تكون الصور الثلاث الاولى مغلبة على صورة بيع الخمر في قول المصنف وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه قطعا فقطع نسبته عنه فكانه قال وانما المعصية في صورة اتخاذ المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبة ذلك الفعل عن المؤجر وأما في غير صور اتخاذ المعصية وهي صورة بيع الذمي الخمر فالامر بين فحينئذ لا يتحقق التنافي بينه وبين ماصرح به صاحب المحيط كما لا يخفى ثم انه لو سلم دلالة كلام المصنف على كون بيع الخمر أيضا معصية للذمي فلا ضير فيه لان في نزول خطاب التحريم في حق الكفار قولين من مشايخنا فعند بعضهم غير نازل وعند بعضهم نازل كما عرف في أصول الفقه في فصل ان الكفار مخاطبون بالشرائع أم لا فيجوز أن يكون مبنى كلام صاحب المحيط على القول الاول ومبنى كلام المصنف على القول الثاني ولكل وجهة هو موليها (قوله وقالا لا بأس ببيع أرضها وهو رواية عن أبي حنيفة لانها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء) قال في الكافي بعد ذكر هذا التعليل وقوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن عقار مكة عرضة للتمليك والتملك انتهى وأصل هذا على ماذكر في غاية البيان وغيرها ماروى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى أسامة بن زيد أنه قال يارسول الله انزل في دارك بمكة قال عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع

﴿مسائل متفرقة﴾

قال (ويكره التعشير والنقط فى المصحف) لقول ابن مسعود رضى الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفى التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ الآى والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا فى زماننا لابد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال (ولا بأس بتحلية المصحف) لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال (ولا بأس بان يدخل أهل الذمة المسجد الحرام) وقال الشافعى يكره ذلك وقال مالك يكره فى كل مسجد للشافعى قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا

أودور وكان عقيل ورث أبا طالب وطالب ولم يرثه جعفر ولا على لانهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين وكان عمر بن الخطاب من أجل ذلك يقول لا يرث المؤمن الكافر ففى هذا الحديث ما يدل على أن أرض مكة تملك وتورث لانه قد ذكر فيها ميراث عقيل وطالب مما ترك أبو طالب فيها من رباع ودور انتهى ثم ان بعض المتأخرين بعد أن ذكر ما فى الكافى وأصله المزبور على التفصيل المذكور قال ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضى ألا يرى الى صحة هذا الحديث أيضا لو كانت الاراضى موقوفة والابنية عليها مملوكة انتهى أقول بل لا يخفى على من له أدنى تمييز أن الحديث المذكور يدل على ميراث الارض أيضا قطعا اذ قد ذكر فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور والرباع جمع ربع وهو الدار بعينها حيث كانت والمحلة والمنزل كذا فى القاموس وغيره ولا شك أن كلا من الدار والمحلة والمنزل اسم لما يشمل البناء والعرصة التى هى الارض فكان معنى قوله عليه السلام وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور ما ترك لنا شيأ من البناء والارض واذا كان وجه عدم تركه شيأ من ذلك استيلاءه على كل من ذلك بالارث من أبى طالب كما ذكره الطحاوى فى شرح الآثار دل الحديث المذكور قطعا على ميراث الارض أيضا وانما لا يدل على ذلك لو كان لفظ الحديث وهل ترك لنا عقيل من بيوت وليس كذلك كما ترى بل الاجمال أصلا لان يكون كذلك اذ لو كان كذلك لما تم جوابا عن قول أسامة يا رسول الله انزل فى دارك بمكة فان عدم ترك عقيل بيتا بناء بناسة بلائه على الابنية وحدها لا يقتضى عدم تركه أرضا أيضا حتى لا يمكن النزول فى عرصة داره أيضا وهذا مع وضوحه كيف خفى على ذلك البعض والعجب أنه قال فى حاشية كتابه فى هذا المقام الرباع جمع ربع وهو الدار بعينها والمحلة والمنزل كذا فى القاموس انتهى وقال فى أصل كتابه ولا يخفى عليك أن هذا الحديث لا يدل على ميراث الارض قطعا لاحتمال جريان الارث على الابنية دون الاراضى ولم يلاحظ أنه على ذلك كيف يتم جواب النبى صلى الله عليه وسلم بقوله وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور والله الهادى الى سواء السبيل وهو حسبى ونعم الوكيل

﴿مسائل متفرقة﴾

(قوله ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل) قال صاحب العناية يعنى فى فصل القراءة من الصلاة وقد سبقه صاحب النهاية الى التفسير بهذا الوجه أقول هذا سهو من الشارحين المذكورين لان المصنف ماذكره فى فصل القراءة من الصلاة لا صريحا ولا التزاما بل انما ذكره فى آخر باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها من كتاب الصلاة فى فصل أوله ويكره استقبال القبلة بالفرج فى الخلاء يظهر ذلك بالنظر الى محله (قوله للشافعى قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) قال تاج الشريعة فى

﴿مسائل متفرقة﴾

التعشير جعل العواشر فى المصحف وهو كتابة العلامة عند منتهى عشر آيات واختلف فى تفسير قوله جردوا القرآن فقيل المراد نقط المصاحف فيكون دليلا على كراهة نقط المصاحف وقيل هو أمر بتعلم القرآن وحده وترك الاحاديث وقالوا هذا باطل وقيل هو حث على أن لا يتعلم شئ من كتب الله غير القرآن لان غيره انما يؤخذ من اليهود والنصارى وليسوا بمؤتمنين عليها وقوله (وقد ذكرناه من قبل) يعنى فى فصل القراءة من الصلاة

ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روى أن النبي عليه السلام أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدى الى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية قال (ويكره استخدام الخصيان) لان الرغبة في استخدامهم حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال (ولا بأس بخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل) لان في الاول منفعة للبهيمة والناس وقد صح أن النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال (ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني) لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبي عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره قال (ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك) وللمسئلة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في كراهية الثانية لانه من القعود

حل دلالة الآية على مدعى الشافعي خص الله تعالى المسجد الحرام بالذكر فدل على أن النهى عن الدخول خاص في حقه لان انما لحصر الحكم في الشئ أو لحصر الشئ في الحكم كقولنا انما الطبيب زيد وانما زيد طبيب اه أقول ان قوله لان انما لحصر الحكم في الشئ أو لحصر الشئ في الحكم ليس بكلام مفيد ههنا لان الخلاف في أن الكفار هل يجوز لهم أن يدخلوا المسجد الحرام أم لا لا في أنهم نجس أم لا وكلمة انما في الآية المذكورة انما هي في قوله تعالى انما المشركون نجس لا في قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا فتأثير الحصر الذى تفيده كلمة انما هو في الجملة التى دخلت عليها كلمة انما لا في الجملة الاخرى فلا يتم التقريب (قوله ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد) أقول لا يذهب عليك أن هذا الدليل لو تم لدل على أن لا يدخل الكافر شيأ من المساجد ومذهب الشافعي أنه لا يجوز دخول الكافر المسجد الحرام دون سائر المساجد فلم يكن هذا الدليل ملائما لمذهبه وانما كان مناسبا لمذهب مالك كما لا يخفى (قوله ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدى الى تلويث المسجد) قال بعض المتأخرين ظاهره أن هذا دليل آخر ولا وجه له لخفى التعبير بحذف حرف التعليل ليكون اشارة الى دفع أن يقال كيف أنزلهم في مسجده وقد وصفهم الله تعالى بكونهم أنجاسا انتهى أقول ليس ذلك بشئ اذ لا شك في صحة أن يكون هذا دليلا آخر عقليا لنا فان الخبث اذا كان في اعتقادهم لا يؤدى الى تلويث المسجد فلا يكون في دخولهم المسجد بأس لا محالة فقول ذلك البعض ولا وجه له تحكم بحت كما لا يخفى وكونه دليلا مستقلا على أصل المدعى لا ينافى أن يتضمن الجواب عن أن يقال كيف أنزل النبي عليه السلام وفد ثقيف في مسجده وهم كفار وقد وصفهم الله تعالى بكونهم نجسا كما حكى أنه عليه السلام لما أنزلهم في مسجده وضرب لهم خيمة قالت الصحابة قوم أنجاس فقال عليه السلام ليس على الارض من أنجاسهم شئ وانما أنجاسهم على أنفسهم ومن عادة المصنف أنه يجعل كثيرا ما علة النص دليلا مستقلا عقليا على أصل المسئلة افادة للفائدتين معا وما نحن فيه أيضا من ذلك القبيل ثم يرد على ظاهر هذا الدليل أنه تعليل في مقابلة النص وهو قوله تعالى فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرف في علم الاصول فأجاب المصنف عنه بقوله والآية محمولة على الحضور استيلاء الى آخره (قوله ويكره استخدام الخصيان) قال العيني والخصيان بضم الخاء جمع خصى كالثنيان جمع ثنى وتبعه بعض المتأخرين أقول ما ذكراه ليس بصحيح فان المضبوط في عامة المعتبرات من كتب اللغة أن جمع خصى هو خصيان بكسر الخاء وخصية قال في مختار الصحاح والرجل خصى والجمع خصيان بالكسر وخصية

وقوله (ولا بأس بعيادة اليهود والنصارى) قيد بهما لان في عيادة المجوس اختلافا بين المشايخ رحمهم الله فمنهم من قال لا بأس به لانهم من أهل الذمة وهو المروى عن محمد رحمه الله ومنهم من قال هم أبعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ألا ترى أنه لا يباح ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى واختلفوا في عيادة الفاسق والاصح أنه لا بأس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين وكلامه واضح

(قال المصنف ولان الكافر لا يخلو عن جنابة) أقول هذا لا يخص المسجد الحرام (قال المصنف والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء) أقول أى على منعهم أن يدخلوها مستولين وعلى أهل الاسلام مستعلين وأيضا النهى تكويني لا تكليفي

وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله لانه مأثور عن النبي عليه السلام روى انه كان من دعائه اللهم انى أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط فى الامتناع (ويكره أن يقول الرجل فى دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك) لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال (ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو) لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكى عن الشافعى رحمه الله لنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده فى دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه وكره أبو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم عما هم فيه قال (ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير) وهذا استحسان وفى القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان انه عليه السلام قبل هدية سلمان رضى الله عنه حين كان عبدا وقبل هدية بريرة رضى الله عنها وكانت مكاتبة وأجاب رهط من الصحابة رضى الله عنهم دعوة مولى أبى أسيد وكان عبدا ولان فى هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيأ ملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة فى الكسوة واهداء الدراهم فبقى على أصل القياس

انتهى وأما كون الخصيان بالضم جمع خصى فلم يسمع من أئمة اللغة قط (قوله وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم) قال بعض المتأخرين يرد عليه أن حدوث تعلق صفته تعالى بشئ حادث لا يوجب حدوث تلك الصفة لعدم توقفها على ذلك التعلق فان صفة العز ثابتة له تعالى أزلا وأبدا وعدم تعلقه بالعرش الحادث مثلا قبل خلقه لا يستلزم انتفاء عزه ولا نقصانا فيه كما أن عدم تعلق كمال قدرته بهذا العالم العجيب الصنع قبل خلقه لا يوجب عدم قدرته أو نقصا فيه وبالجملة التعلقات الحادثة مظاهر الصفات لا مباديها فالاولى فى تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث والعز صفته القديمة حيث جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا فى حيز الايهام فتأمل الى هنا كلامه أقول ان صاحب الكافى وان جعل لزوم كون عزه حادثا داخلا فى حيز الايهام الا أنه علل ايهام أن عزه حادث بتعلقه بالمحدث حيث قال لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وأن عزه حادث لتعلقه بالمحدث والعز صفته القديمة لم يزل موصوفا به ولا يزال موصوفا به انتهى فكان مدار ما قاله صاحب الكافى أيضا لزوم تعلق عزه بالمحدث فلم يكن فرق بينه وبين ما قاله المصنف فى ورود ما ذكره ذلك القائل فلا معنى لقوله فالاولى فى تقرير الدليل أن يقال كما قاله صاحب الكافى وان لم ير ذلك القائل قول صاحب الكافى لتعلقه بالمحدث فكون علة قوله وان عزه حادث تعلقه بالمحدث ظاهر وان لم يصرح به اذ لا شئ يصلح لان يكون علة له سواه وعن هذا ترى كل من بين وجه الكراهة فى الدعاء المذكور من مشايخنا جعل المدار لزوم تعلق عزه بالحادث قال فى المحيط وأما باللفظ الاول فلانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالحادث والله تعالى متعال عن صفة الحدوث انتهى وقال فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وان كان من العقد وهو المعروف فى هذا الدعاء فانه يكره أيضا لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وان عزه حادث اذ تعلق بالمحدث والله تعالى عزيز لم يزل موصوفا

(قوله لهو المؤمن باطل الا الثلاث) كذا بالاصل والمحفوظ الا فى ثلاث اهـ مصححه

(قال المصنف لانه ان قامر بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو) أقول ولذلك لم يعزر لو قال يا مقامر لان أبا يوسف قال فى رواية لا بأس باللعب بالشطرنج كذا فى المحيط السرخسى فى باب التعزير وفى صحة التعليل كلام لا يخفى

قال

قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له الخ) ذكر فى النهاية أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها انسان فقبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب لانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه فى فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت أن عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله وأموال القنية ما يكون للنسل لا للتجارة وقوله (واجارة الصغار) فى أكثر النسخ وهو رواية القدورى رحمه الله

وفى بعضها واجارة الاظآر وكلامه واضح وقوله (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) هذا يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين فالاول على رواية القدورى كامر والثانى على رواية الجامع الصغير ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظآر كامر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه فى النوع الذى فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة وقوله (ولا يجوز ذلك للعم) يعنى وان كان فى حجره وقوله (ولو آجر الصبى نفسه لا يجوز) قال فى النهاية أى لا يلزم وقوله وقد ذكرناه يعنى فى باب اجارة العبد وقوله (ويكره أن يجعل فى عنق عبده الراية) راية الغلام غل يجعل فى عنق الغلام علامة يعلم بها أنه آبق قال فى النهاية وأما الداية بالدال فغلط كذا فى المغرب قالوا هذا كان فى زمانهم عند قلة الاباق أما فى زماننا فلا بأس به لغلبة الاباق خصوصا فى الهنود

قال (ومن كان فى يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) وأصل هذا أن التصرف على الصغار أنواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولى كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولى هو الذى قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان فى حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولى أولى به الا أنه لا يشترط فى حق الولى أن يكون الصبى فى حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبى بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبى فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال (ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره ويجوز للام أن تؤاجر ابنها اذا كان فى حجرها ولا يجوز للعم) لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم (ولو آجر الصبى نفسه لا يجوز) لانه مشوب بالضرر (الا اذا فرغ من العمل) لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد ذكرناه قال (ويكره أن يجعل الرجل فى عنق عبده الراية) ويروى الداية وهو طوق الحديد الذى يمنعه من أن يحرك رأسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة أهل النار فيكره كالاحراق بالنار (ولا يكره أن يقيده) لانه سنة المسلمين فى السفهاء وأهل الدعارة فلا يكره فى العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال (ولا بأس بالحقنة

به ولا يزال موصوفا به انتهى الى غير ذلك من عبارات المشايخ العظام فى هذا المقام ثم أقول فى الجواب عما أورده ذلك البعض الظاهر أن ما هربوا عنه ههنا ليس ايهام مطلق تعلق عزه تعالى بالمحدث اذ قد تقرر فى علم أصول الدين أن ظهور المحدثات كلها وبروزها من كتم العدم الى دائرة الوجود بحسب تعلق ارادة الله تعالى وقدرته بذلك والحدوث انما هو فى التعلقات دون أصل الصفات ولا نقصان فى ذلك أصلا بل هو كمال محض لا يخفى فكذا الحال فى صفة عزه تعالى وانما مرادهم بما هربوا عنه ايهام تعلق عزه تعالى بالمحدث تعلقا خاصا وهو أن يكون ذلك المحدث مبدأ ومنشأ لعزه تعالى كما يوهمه كلمة من فى قوله بمعقد العز من عرشك اذ الظاهر المتبادر منها فى بادئ الرأى أن تكون لابتداء الغاية حتى قال بعضهم ان جميع معانى من راجعة الى معنى ابتداء الغاية ولا شك أن التعلق بالمحدث على الوجه الخاص المذكور غير متصور فى عزه تعالى ولا فى صفة من صفاته تعالى أصلا وكيف لا يكون مرادهم هذا ولا محالة أنه لا ينبغى أن يخفى على أساطين الفقهاء ما تقرر فى علم أصول الدين من جواز تعلق صفات الله بالمحدثات تعلق افاضة ألا ترى أن المحدثات كلها مظاهر صفات الله تعالى وانما المحال تعلق صفة الله تعالى بالمحدث تعلق استفاضة منه فهو المهروب عن ايهامه فيما نحن فيه بلا ريب (قوله قال ومن كان فى يده لقيط لا أب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له) قال فى النهاية اعلم أن قوله لا أب له ليس بشرط لازم

(قال المصنف ولا يجوز للملتقط أن يؤاجره) أقول ذكر المصنف فى باب اللقيط أن هذه الرواية هى الاصح وقال أكمل الدين يناقض قوله واجارة الصغار ظاهرا فمنهم من حمله على الروايتين ومنهم من غير لفظ الكتاب الى لفظ الاظآر كامر ومنهم من وفق بينهما فحمل جواز اجارته على ما اذا تحققت الضرورة بدليل وقوعه فى النوع الذى فيه تعداد الضرورة وعدم جوازها على ما اذا لم يكن فيه ضرورة انتهى وقال العلامة الكاكى أو نقول المراد بقوله واجارة الصغار تسليمهم للصناعة حتى يكون من جنس ما لا بد للصغار منه انتهى وقد مر أنه يجوز فى كتاب اللقيط (قوله فالاول على رواية القدورى كامر) أقول فى كتاب اللقيط

وقوله (يريد به التداوي) احترازعما لو أراد به التسمين فانه لايباح وقوله وقد ورد باباحته أي باباحة التداوي الحديث قال صلى الله عليه وسلم تداووا عباد الله فان الله تعالى ماخلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكل محمول على التوكل عند اكتساب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب قال الله تعالى لمريم وهزي اليك بجذع النخلة مع قدرته على أن يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله وقوله (الا أنه لاينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان

يريد به التداوي) لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا أنه لاينبغي أن يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال (ولا بأس برزق القاضي) لانه عليه السلام بعث عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من أسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استئجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو أفضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لايمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ماقيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على أنه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو

الاستشفاء بالمحرم حرام) قيل اذا لم يعلم أن فيه شفاء فان علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره يجوز له الاستشفاء به ومعنى قول ابن مسعود رضي الله عنه ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم يحتمل أن عبد الله قال ذلك في داء عرف له دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن الحرام ويجوز أن يقال تنكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال قال (ولا بأس برزق القاضي الخ) اذا قلد السلطان رجلا القضاء لابأس أن يعين له رزقا بطريق الكفاية لا أن يشترط ذلك في ابتداء التقليد لان النبي عليه الصلاة والسلام بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه الى مكة وفرض له أربعين أوقية في السنة والاوقية بالتشديد أربعون درهما وتكلموا في أنه صلى الله عليه وسلم من أي مال رزقه ولم تكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال فان الدواوين وضعت في زمن عمر رضي الله عنه فقيل انما رزقه من الفيء وقيل من المال الذي أخذه من نصارى نجران ومن الجزية التي أخذها من مجوس على

في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب الهبة في صغيرة لها زوج هي عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب فانه لما كان نفعا محضا كان تحقيق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه العول والنفقة ومن وجه العقل والتمييز فثبت أن عدم الاب ليس بلازم كذا ذكره فخر الاسلام انتهى وقد أطبقت كلمة سائر الشراح أيضا على أن عدم الاب ليس بلازم في حكم هذه المسئلة وانما هو قيد اتفاقي وعللوا ذلك كلهم بما ذكر في كتاب الهبة من أن الصغيرة لو كانت عند زوجها يعولها ولها أب فقبض زوجها الهبة لها فانه يجوز لكونه نفعا محضا فجاز قبض الهبة لها مع قيام الاب غير أن صاحبي الكفاية والعناية ذكراه بطريق النقل عن النهاية ومن عداهما ذكروه من عند أنفسهم أقول قول الكل ليس بصحيح عندي اذ الثابت بما ذكروه في كتاب الهبة انما هو أن عدم الاب ليس بلازم في جواز قبض زوج الصغيرة الهبة لها اذا كانت عنده يعولها لا أن عدم الاب ليس بلازم فيما نحن فيه وهو جواز قبض الملتقط الهبة أو الصدقة للقيط الذي في يده لتحقق الفرق بين زوج الصغيرة وسائر من يعولها في جواز قبض الهبة لها عند وجود الاب كما مر في نفس الكتاب في كتاب الهبة متصلا بالمسئلة التي استشهدوا بها حيث قال وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف ماقبل الزفاف ويملك مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لايملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لابتفويض الاب ومع حضرة الاب لاضرورة انتهى تأمل ترشد وقال بعض المتأخرين وقوله لا أب له أي لا أب له معروف لا أن لايكون أبوه حيا وهو بيان للواقع فان اللقيط لايكون الا كذلك لانه في الشرع مولود طرحه أهله في الطريق خوفا من العيلة أو فرارا من التهمة فلا يكون له أب معروف فلا وجه لما قاله صاحب النهاية من أن قوله

(قوله فالاول احترازعما لو أراد به التسمين فانه لايباح) أقول سبق من المصنف في فصل الوطء والنظر والمس أنه يجوز الحقنة للهزال الفاحش على ماروي عن أبي يوسف لانه أمارة المرض فانه يدل على ان المختار تلك الرواية ويجوز أن يقال المراد ههنا ارادة مجرد التسمين بلا قصد التداوي وفيما سبق ليس كذلك

على اختلاف معروف فى نفقة المرأة اذا ماتت فى السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح أنه يجب الرد قال (ولا بأس بأن تسافر الامة وأم الولد بغير محرم) لان الاجانب فى حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وأم الولد أمة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

﴿كتاب احياء الموات﴾

لا أب له ليس بشرط لازم فى حق هذا الحكم لانه ذكر فى كتاب الهبة فى صغيرة لها زوج هى عنده يعولها ولها أب فوهب لها أنها لو قبضت أو قبض لها أبوها أو زوجها أن ذلك جائز فلم يمتنع صحة قبض الزوج لها بقيام الاب وذلك لان وضع المسئلة فى اللقيط لا فى الصغار مطلقا الى هنا كلامه أقول ليس هذا أيضا بصحيح فان مداره الغفول عما تقرر فى كتاب اللقيط من أنه اذا ادّعاه مدع أنه ابنه يقبل قوله و يثبت نسبه منه فجاز أن يظهر له أب بعد الالتقاط فيصير كسائر الصغار الذين لهم أب فيتمشى ما ذكره صاحب العناية وغيره من جواز قبض الزوج له بقيام الاب فيما اذا كانت صغيرة مزوجة وكانت عند زوجها يعولها فلا وجه لنفى وجه ما قاله صاحب النهاية بناء على أن وضع المسئلة فى اللقيط لا فى الصغار مطلقا ولا معنى لحمل قوله لا أب له فى مسئلة الجامع الصغير على بيان الواقع بأن يكون المراد لا أب له معروف لا أن لا يكون له أب فى الحياة لانه ان كان المراد لا أب له معروف حين الالتقاط فهذا مع كونه بعيدا من اللفظ جدا لاحتياجه الى التقييد مرتين يصير بمنزلة اللغو من الكلام فى هذا المقام لا يليق بشأن الامام الربانى محمد ذلك الهمام وان كان المراد لا أب له معروف أصلا أى لا حين الالتقاط ولا بعده فلا يصح أن يكون بيانا للواقع اذ لا يلزم أن لا يكون اللقيط الا كذلك فانه قد يكون له أب معروف بعد الالتقاط بأن ادعى أحد أنه ابنه وشاع ذلك فانه مقبول فى الشرع كما مر ولا فرق بينه و بين سائر الاولاد الذين يحتاج ثبوت نسبهم الى دعوة الاب كما فى المولود من أمته فالحق عندى أن قوله لا أب له قيد احترازى عن اللقيط الذى كان له أب حاضر فانه لا يجوز لمن كان فى يده مثل ذلك اللقيط أن يقبض الهبة أو الصدقة له على موجب ما مر فى كتاب الهبة من أن زوج الصغيرة يملك قبض الهبة لها بعد الزفاف مع حضرة الاب لتفويض الاب أمورها اليه دلالة بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة فى الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضرة الاب لا ضرورة انتهى اذ لا شك أن الملتقط داخل فى كلية قوله وكل من يعولها غيرها فلزم أن لا يملك قبض الهبة للصغيرة التى كانت فى يده وعوله كما لا يخفى فتبصر والله الموفق للصواب

﴿كتاب احياء الموات﴾

قال جمهور الشراح مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان فى مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره انتهى وقال الشارح العينى بعد نقل قولهم المذكور وهذا ليس بشئ لانه قل كتاب من الكتب يخلو عما يكره وما لا يكره انتهى أقول بل ما ذكره نفسه فى الرد عليهم ليس بشئ لان ما ذكروا فى ترتيب الكتب السابقة واللاحقة من المناسبات ملحوظة فيما ذكروا ههنا من المناسبة بين هذا الكتاب وكتاب الكراهية ولا ريب أن الحيثية المذكورة ههنا مع ملاحظة تلك المناسبات تقتضى ذكر هذا الكتاب عقيب كتاب الكراهية دون غيره اذ لو غير ذلك لفات بعض من المناسبات السابقة أو اللاحقة ولكن هذا المعنى على ذكر منك فانه ينفعك فى مواضع شتى

هجر وقوله (على اختلاف معروف فى نفقة المرأة) يعنى على قول محمد رحمه الله يجب رد حصة ما بقى من السنة وعلى قول أبى يوسف رحمه الله لا يجب قاسوا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج فى نصف السنة ردت نفقة ما بقى عند محمد خلافا لابى يوسف وقوله (ولا بأس أن تسافر الامة الى آخره) قيل هذا كان فى الابتداء أما الآن فيكره ذلك لغلبة أهل الفسوق وقوله (على ما ذكرنا من قبل) اشارة الى ما ذكر من قبل فصل الاستبراء بقوله وأما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما فى المحارم

﴿كتاب احياء الموات﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية يجوز أن تكون من حيث ان فى مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره ومن محاسنه التسبب للخصب فى أقوات الانام ومشروعيته بقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهى له وشروطه ستذكر فى أثناء الكلام وسببه تعلق البقاء المقدر كما مر غير مرة وحكمه تملك المحيى ما أحياه

قال (الموات مالا ينتفع به من الاراضى) شبه مالا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك بأن غلب عليه الرمال أو صار سبخة بالميت من الحيوان الذى بطلت منافعه فسمى مواتا واحياؤه عبارة عن جعله بحيث ينتفع به قوله (فما كان منها عاديا) ليس المراد به ما يقتضيه ظاهر لفظه من أن يكون منسوبا الى عاد لان عادا لم يملك جميع أراضى الموات ولكن مراده ما قدم خرابه كما ذكر فى الكتاب وقوله (أو كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه) قول بعض المشايخ رحمهم الله وقال بعضهم الاراضى المملوكة اذا انقرض أهلها فهى كاللقطة وقوله (واذا لم يعرف مالكه) من تتمة قول محمد رحمه الله وقوله (فيدار الحكم عليه) أى على القرب مرجع حكمى يفهم من قوله قريبا وقوله (ثم من أحياه) واضح

قال (الموات مالا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) سمى بذلك لبطلان الانتفاع به قال (فما كان منها عاديا لا مالك له أو كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من أقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فيه فهو موات) قال رضى الله عنه هكذا ذكره القدورى ومعنى العادى ما قدم خرابه والمروى عن محمد رحمه الله انه يشترط أن لا يكون مملوكا لمسلم أو ذمى مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فأما التى هى مملوكة لمسلم أو ذمى لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده رحمه الله وشمس الائمة السرخسى رحمه الله اعتمد على ما اختاره أبو يوسف رحمه الله (ثم من أحياه باذن الامام ملكه وان أحياه بغير اذنه لم يملكه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يملكه) لقوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهى له ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما فى الحطب والصيد ولابى حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به

(قوله الموات مالا ينتفع به من الاراضى لانقطاع الماء عنه أو لغلبة الماء عليه أو ما أشبه ذلك مما يمنع الزراعة) قال بعض الفضلاء هذا تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لاحد الامور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوى انتهى أقول توجيهه الذى ذكره بقوله ولك ان تقول الى آخره ليس بتام فان قيد أن لا يكون له مالك معتبر فى معناه اللغوى أيضا قال فى الصحاح والموات بالفتح مالا روح فيه والموات أيضا الارض التى لا مالك لها من الآدميين ولا ينتفع بها أحد انتهى وقال فى القاموس والموات كغراب الموت وكسحاب مالا روح فيه وأرض لا مالك لها انتهى فعلى تقدير أن يحمل ما فى الكتاب على تفسير المعنى اللغوى يكون تفسيرا بالاعم أيضا لا يقال أصل المعنى اللغوى للموات مالا روح فيه والذى ذكره فى الصحاح والقاموس ثانيا هو معناه العرفى أو الشرعى فلم يكن قيد أن لا يكون له مالك معتبرا فى معناه اللغوى لانا نقول الظاهر المتبادر من أن يذكر معنى اللفظ فى كتب اللغة بلا اضافة الى العرف أو الشرع أن يكون ذلك المعنى معناه اللغوى سيما من قيد أيضا فى قوله فى الصحاح والموات أيضا الارض التى لا مالك لها وان لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه بل كان معناه اللغوى هو الذى ذكر أولا فلا شك أن مالا روح فيه أعم من الارض التى لا ينتفع بها بل من مطلق الارض فعلى تقدير أن يحمل ما فى الكتاب على تعريف المعنى اللغوى يكون تعريفا بالاخص وهو ليس بأقل قبحا من التعريف بالاعم وبهذا الذى ذكرنا يظهر أنه يشكل أيضا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية فى شرح هذا المقام حيث قالا قوله الموات مالا ينتفع به من الارض تحديد لغوى وزيد عليه فى الشرع أشياء أخر بيانها فى قوله فما كان عاديا لا مالك له أو كان مملوكا فى الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان فى أقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فهو موات انتهى تأمل تقف (قوله ولابى حنيفة قوله عليه السلام ليس للمرء الا ما طابت نفس امامه به) أقول لقائل أن يقول ان اعتبر عموم هذا الحديث يلزم أن لا يملك أحد شيأ من الاملاك بغير اذن الامام مع ظهور خلافه اذ لا شك أن كل أحد يستبد فى التملك بالبيع والاجارة والهبة والارث والوصية ونحوها من أسباب الملك من غير

(قال المصنف الموات مالا ينتفع به من الأراضى) أقول تعريف بالاعم لصدقه على ماله مالك معروف لكن لا ينتفع به لأحد الأمور المذكورة ولك أن تقول هذا تفسير المعنى اللغوى (قال المصنف ومعنى العادى ما قدم خرابه) أقول لا أن يكون منسوبا الى عاد وينسب كل أثر قديم اليهم لتقدمهم قال عليه الصلاة والسلام عادىّ الارض لله ورسوله ثم هو بعد منى لكم رواه سعيد بن منصور وأبو عبيد كذا فى شرح الكاكى وفى كلامه تناقض ظاهر والظاهر أن مراده من قوله لا أن يكون منسوبا الى عاد انتساب الملكية (قوله فيدار الحكم عليه أى على القرب) أقول أى القرب مرجع لضمير عليه حكمى أى مذكور حكما لانه مفهوم من قوله قريبا كقوله تعالى اعدلوا هو أقرب للتقوى

ومارو ياه

ومارويناه يحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد أن يختص به بدون اذن الامام كما فى سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لايجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو أحياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثانى أحق بها لان الاول ملك استغلالها لارقبتها فاذا تركها كان الثانى أحق بها والاصح أن الاول ينزعها من الثانى لانه ملكها بالاحياء على مانطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لايزول بالترك ومن أحيا أرضا ميتة ثم أحاط الاحياء بجوانبها الاربعة من أربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق الاول فى الارض الرابعة

توقف على اذن الامام وان لم يعتبر عمومه لايتم المطلوب ههنا فان قلت عمومه غير معتبر بل هو مختص بما يحتاج فيه الى رأى الامام وماذكرنا من أسباب الملك لايحتاج فيه الى رأى الامام بخلاف مانحن فيه قلت كون التملك فيما نحن فيه مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة فيلزم المصادرة على المطلوب (قوله ومارويناه يحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره ان المشروعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله عليه السلام من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف والآخر كقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه أى للامام ولاية أن يأذن للغازى بهذا القول فكان ذلك من النبى صلى الله عليه وسلم اذنا لقوم معينين وتحريضا على القتال لانصب شرع فكذلك فى يومنا هذا من قتل قتيلا لايكون سلبه له الا أن يأذن الامام به فيجوز أن يكون قوله عليه السلام من أحيا أرضا ميتة فهى له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك الحديث يحتمل التأويل وماذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لايقبل التأويل فكان راجحا كذا فى العناية وغيرها قال تاج الشريعة فان قلت مارواه عام خص منه الحطب والحشيش ومارويناه لم يخص فيكون العمل به أولى قلت ماذكر لبيان أنه لايجوز الافتيات على رأى الامام والحطب والحشيش لايحتاج فيهما الى رأى الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج فيها الى رأى الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل وايضاع الركاب كسائر الاموال فكان ماقلنا أولى انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والعينى أقول كل من السؤال والجواب ليس بسديد أما الاول فلان كون مارواه عاما خص منه الحطب والحشيش انما يقتضى كون العمل بمارويناه أولى لكونه ممالم يخص أن لو خص الحطب والحشيش مما رواه بكلام موصول به اذ يصير العام الذى خص منه البعض حينئذ ظنيا كما عرف فى علم الاصول وأما اذا خص الحطب والحشيش من ذلك بما هو مفصول عنه فلا يلزم أولوية العمل بمارويناه اذ يصير العام حينئذ منسوخا فى القدر الذى تناوله الخاص ويصير قطعيا فى الباقى كسائر القطعيات كما تقرر فى علم الاصول أيضا ولاشك أن تخصيص الحطب والحشيش مما رواه ليس بكلام موصول به بل انما هو دليل آخر مفصول عنه وأما الثانى فلان كون الارض مطلقا مما يحتاج فيه الى رأى الامام أول المسئلة لم يقل به الامامان فى الارض الموات فبناء الجواب عليه يؤدى الى المصادرة فان قيل انما يؤدى الى المصادرة لو لم يستدل عليه بقوله لانها صارت من الغنائم الخ قلنا كونها من الغنائم دليل آخر عقلى لابى حنيفة مذكور فى الكتاب بعده والكلام الآن فى تمشية الدليل النقلى فبالمصير الى ذلك الدليل العقلى هنا يلزم خلط الدليلين ولايخفى مافيه (قوله يجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لايجوز) أقول فى هذا التعليل شئ وهو أنه سيجئ فى الكتاب أن المسلم والذمى مستويان فى حكم احياء الارض الموات والتعليل المذكور انما يتمشى فى حق المسلم دون الذمى فتأمل (قوله والاصح أن الاول ينزعها من الثانى لانه ملكها بالاحياء على مانطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لايزول بالترك) قال فى العناية ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على

وقوله (ومارويناه يحتمل أنه اذن لقوم لانصب لشرع) تقريره أن المشروعات على نوعين أحدهما نصب الشرع والآخر اذن بالشرع فالاول كقوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف فى صلاته فلينصرف والآخر كقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه أى للامام أن يأذن للغازى بهذا القول فكان ذلك منه عليه الصلاة والسلام اذنا لقوم معينين فيجوز أن يكون قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا مواتا فهى له من ذلك القبيل وحاصله أن ذلك يحتمل التأويل وماذكره أبو حنيفة رحمه الله مفسر لايقبله فكان راجحا وفيه وجه آخر وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهى له يدل على السبب فان الحكم اذا ترتب على مشتق دل على علية المشتق منه لذلك الحكم وليس فيه ما يمنع كونه مشروطا باذن الامام وقوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الاماطابت به نفس امامه يدل على ذلك وقوله (والاصح أن الاول ينزعها من الثانى) بيانه أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا فى أن احياء الموات يثبت ملك الاستغلال أو ملك الرقبة فذهب بعضهم منهم الفقيه أبو القاسم أحمد البلخى رحمه الله الى الاول قياسا على من جلس فى موضع

مباح فان له الانتفاع به فاذا قام عنه وأعرض بطل حقه وعامتهم الى الثانى استدلالا بالحديث فانه أضاف بلام التمليك فى قوله فهى له وملكه لايزول بالترك ولقائل أن يقول الاستدلال بهذا الحديث على مذهبهما صحيح

وأما على مذهب أبي حنيفة رحمه الله ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا له لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله وقوله (لتعينها لتطرقه) لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار الباقي طريقا له فاذا أحياه الرابع فقد أحيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قال (و يملك الذمي بالاحياء) المسلم والذمي في تملك ما أحياه سواء لاستوائهما في السبب والاستواء

لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال (ويملك الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم) لان الاحياء سبب الملك الا أن عند أبي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء على أصلنا قال (ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفع الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير الاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله أو يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر

مذهبهما صحيح وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا لا شرعا فكيف يصح الاستدلال به والجواب أنه وان كان اذنا لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا الا ترى أن من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله انتهى واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التمليك انتهى أقول الفرق الذي ذكره ليس بتام لان لام التمليك مذكورة في كل من الحديثين الواردين في المقامين فاذا كان كل منهما محمولا على الاذن فجعل وجود لفظ التمليك شرطا في اذن الامام في أحد المقامين دون الآخر تحكم بحت لم يسمع ذلك من أئمة الشرع (قوله ومن حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره) والاصل في ذلك ان المشايخ اختلفوا في كون التحجير مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين ومنهم من قال لا يفيد وهو مختار المصنف أشار اليه بقوله هو الصحيح قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر حق بعد ثلاث سنين نفي الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق في ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ما ذكر في الكتاب والجواب عن استدلالهم أن ذلك مفهوم وهو ليس بحجة كذا في العناية وأورد عليه بعض الفضلاء وأجاب حيث قال وانت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع انتهى أقول جوابه ليس بسديد اذ لو لم يكن ثبوت الحق في ثلاث سنين بالحديث بل بالاجماع لما قال المصنف وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق فان حاصله الاستدلال بمفهوم الحديث المذكور على ثبوت حق المتحجر قبل ثلاث سنين اذ هو المقتضي اشتراط ترك ثلاث سنين ومدار ما أورده على أن استدلال المصنف بمفهوم ذلك الحديث ليس بتام لعدم كون المفهوم حجة عندنا فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله لان الدفع الى الاول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج فاذا لم تحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود) أقول لقائل أن يقول لو تم هذا التعليل لاقتضى أن يأخذها

في السبب يوجب الاستواء في الحكم كما في سائر أسباب الملك حتى الاستيلاء فان الكافر يملك مال المسلم بالاستيلاء على أصلنا كالمسلمين (قوله ومن حجر أرضا) يجوز أن يكون من الحجر بفتح الجيم وسكونه ومعنى الاول أعلم بوضع الاحجار حوله لانهم كانوا يفعلون ذلك ومعنى الثاني أعلم بحجر الغير عن احيائها فكان التحجير هو الاعلام فاذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين أخذها الامام ودفعها الى غيره والاصل في ذلك أن المشايخ رحمهم الله اختلفوا في كونه مفيدا للملك فمنهم من قال يفيد ملكا مؤقتا الى ثلاث سنين وقيل لا يفيد وهو مختار المصنف رحمه الله أشار اليه بقوله (هو الصحيح) قيل وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا جاء انسان آخر قبل مضي ثلاث سنين وأحياه فانه ملكه على الثاني ولم يملكه على الاول وجه الاول ما روي عن عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر

بعد

(قوله وأما على مذهب أبي حنيفة ففيه نظر لانه حمله على كونه اذنا) أقول لم يحمل عليه بل قال يحتمل أن يكون اذنا لكن الاحتمال كاف في ايراد السؤال (قوله لكنه اذا أذن له الامام كان شرعا ألا ترى ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله) أقول فيه بحث فبينهما فرق لوجود دلالة التمليك في لفظ الامام هنا بخلاف الاذن في الاحياء فانه لا يلزم أن يكون بلفظ التمليك

حق بعد ثلاث سنين نفى الحق بعد ثلاث سنين فيكون له الحق فى ثلاث سنين والمطلق ينصرف الى الكامل والحق الكامل هو الملك ووجه الصحيح ماذكره فى الكتاب والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة

بعد ثلاث سنين حق ولانه اذا أعلمه لابد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ أموره فيه ثم زمان يرجع فيه الى مايحجره فقدرناه بثلاث سنين لان مادونها من الساعات والايام والشهور لايفى بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر أنه تركها قالوا هذا كله ديانة فأما اذا أحياها غيره قبل مضى هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بأن غرز حولها أغصانا يابسة أونقى الارض وأحرق مافيها من الشوك أوخضد مافيها من الحشيش أو الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير أن يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول أوحفر من بئر ذراعا أوذراعين وفى الاخير ورد الخبر ولو كربها اوسقاها فعن محمد أنه احياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولوحفر أنهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولوحوطها أوسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال (ولايجوز احياء ماقرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم) لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أودلالة على مابيناه فلايكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لايجوز للامام أن يقطع مالاغنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التى يستقى الناس منها لماذكرنا قال (ومن حفر بئرا فى برية فله حريمها) ومعناه اذا حفر فى أرض موات باذن الامام عنده أوباذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال (فان كانت للعطن فحريمها أربعون ذراعا) لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله مماحولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح أنه من كل جانب

الامام ويدفعها الى الغير بعد الاحياء أيضا اذا لم يزرعها ثلاث سنين تحصيلا لمنفعة المسلمين من حيث العشر أو الخراج وتخليصا لها عن التعطيل فان قلت يملكها الانسان بالاحياء ولا يملكها بمجرد التحجير بل يصير أحق بالتصرف فيها من الغير والامام لايقدر أن يدفع مملوك أحد الى غيره لانتفاع المسلمين ويقدر أن يدفع غير مملوك اليد لذلك قلت فحينئذ يلزم المصير الى التعليل الثانى الذى ذكره بقوله ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به فلايكون التعليل الاول مفيدا للمدعى بدون الثانى مع أن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما ترى (قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أودلالة على مابيناه) قال عامة الشراح فى حل هذا التعليل لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أى عند محمد رحمه الله أودلالة أى عند أبى يوسف رحمه الله وقال صاحب معراج الدراية بعد نقل ذلك أراد بقوله على مابيناه قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ واقتفى أثره صاحب العناية والشارح العينى أقول لم يصب هؤلاء الثلاثة من الشراح فى حملهم مراد المصنف بقوله على مابيناه على ماذكروا اذ الظاهر أن مراد المصنف بقوله المزبور مجموع ماذكره فيما مر بقوله والبعد عن القرية على ماقال شرطه أبو يوسف لان الظاهر أن مايكون قريبا من القرية لاينقطع ارتفاق أهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية انتهى اذ يصير قوله على مابيناه حينئذ ناظرا الى مجموع قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة أودلالة فيحسن وأما على ماذكره هؤلاء الشراح فيصير قوله المزبور ناظرا الى قوله لتحقق حاجتهم اليها حقيقة فقط ولايخفى مافيه من الركاكة أما أولا فلانه كان ينبغى اذ ذاك أن يقدم قوله على مابيناه على قوله أودلالة كما لايشتبه على ذى فطرة سليمة وأما ثانيا فلانه يلزم حينئذ أن يقصر حوالة البيان على صورة حقيقة الحاجة اليها مع مرور بيان صورة دلالة الحاجة اليها أيضا وذلك مما لاضرورة فيه بل لاوجه له

وقوله (من غير أن يتم المسناة) هو مايبنى للسيل ليرد الماء وقوله (وفى الاخير) يريد حفر البئر (ورد الخبر) وهو ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا مقدار ذراع فهو متحجر وقوله (لتحقق حاجتهم اليها حقيقة) يعنى عند محمد رحمه الله (أودلالة) عند أبى يوسف رحمه الله وقوله (على مابينا) اشارة الى قوله ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق أهل القرية عنها حقيقة الخ وقوله (لايجوز أن يقطع الامام) يقال أقطع السلطان رجلا أرضا أى أعطاه اياها وخصصه بها وقوله (لماذكرنا) اشارة الى قوله لتحقق حاجتهم اليها العطن مناخ الابل ومبركها قوله (قيل الاربعون من كل الجوانب) يعنى يكون فى كل جانب عشرة أذرع لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بئرا فله مماحولها أربعون ذراعا عطنا لماشيته فانه بظاهره يجمع الجوانب الاربع والصحيح أنه من كل جانب لان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر الاولى كى لا يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لايندفع بعشرة أذرع من كل جانب بيقين

(قوله والجواب عن استدلالهم ان ذلك مفهوم وهو ليس بحجة) أقول وأنت خبير بأن المصنف استدل على الترك ثلاث سنين بهذا الطريق وجوابه أن ثبوت الحق ليس بالحديث بل بالاجماع

لان فى الاراضى رخوة و يتحوّل الماء الى ماحفر دونها (وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند أبى حنيفة أربعون ذراعا) لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه قد يحتاج فيه الى أن يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء و بئر العطن للاستقاء منه بيده فقلت الحاجة فلا بد من التفاوت وله ماروينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه

(قوله لان فى الاراضى رخوة و يتحول الماء الى ماحفر دونها) أقول كان الظاهر أن يقال فيتحول الماء بالفاء لان سبب تحول الماء الى ماحفر دونها انما هو رخوة الاراضى لا غير اذ لو كانت فيها صلابة لم يتحول الماء الى ماحفر دونها قطعا فلا بد من أداة التفريع ثم أقول لقائل أن يقول ان هذا التعليل تعليل فى مقابلة النص لان قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا ظاهر فى كون الاربعين من كل الجوانب الاربعة على أن يكون من كل جانب عشرة أذرع كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح وقد تقرر فى علم الاصول أن التعليل فى مقابلة النص غير صحيح فكيف يتم الاستدلال بما ذكره على كون الصحيح انه من كل جانب ويمكن الجواب بان المقصود من الحريم دفع الضرر عن صاحب البئر والضرر لا يندفع عنه بعشرة أذرع من كل جانب فلو لم يكن الاربعون من كل جانب لزمه الحرج وهو مدفوع بالنص فكان مآل هذا التعليل هو الاستدلال بالنص الدال على دفع الحرج وقد اكتفى فيه بما يدل على لزوم الضرر المؤدى الى الحرج ويرشدك اليه تقرير صاحب الكافى ههنا حيث قال والصحيح أن المراد به أربعون ذراعا من كل الجوانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكى لا يحفر أحد فى حريمه بئرا أخرى فيتحول اليها ماء بئره وهذا الضرر لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب فان الاراضى تختلف صلابة ورخاوة فربما يحفر بحريمه أحد بئرا أخرى فيتحول ماء البئر الاولى اليه فيتعطل عليه منفعة بئره وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يندفع هذا الضرر بيقين انتهى فتدبر (قوله وله ماروينا من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به) يريد بقوله ماروينا قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا وبقوله من غير فصل أى من غير فصل بين العطن والناضح ويريد بالعام المتفق على قبوله والعمل به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا وبقوله أولى عنده أى عند أبى حنيفة رحمه الله ويريد بالخاص المختلف فى قبوله والعمل به حديث الزهرى وهو قوله حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا كذا فى العناية وغيرها أقول هذا الدليل المذكور من قبل أبى حنيفة منقوض بما اذا كانت البئر عينا فان حريمها خمسمائة ذراع بالاجماع كما سيأتى مع أن ما رواه من قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا لا يفصل ذلك أيضا وان كون العام المتفق على قبوله والعمل به أولى عنده من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به يقتضى أن يكون حريمها أربعين ذراعا عنده فليتأمل فى الفرق (قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله فى موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه) يعنى أن الحديثين اتفقا فى الاربعين فتركنا القياس

فان الاراضى تختلف فى الصلابة والرخاوة وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع الضرر والناضح البعير وقوله (وله ماروينا) يريد به قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما حولها أربعون ذراعا من غير فصل يعنى بين العطن والناضح واعترض بأنه مقيد بقوله عطنا لماشيته فيكون قد فصل بين العطن والناضح وأجيب بأن ذكر ذلك اللفظ للتغليب لا للتقييد فان الغالب فى انتفاع الآبار فى الفلوات هذا الطريق فيكون ذكر العطن ذكرا لجميع الانتفاعات كما فى قوله تعالى وذروا البيع قيد بالبيع لما أن الغالب فى ذلك اليوم البيع وكذلك قوله تعالى ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما والوعيد ليس بمخصوص بالاكل ولكن الغالب من أمره الاكل فاخرجه على ما عليه الغالب والدليل على ذلك ماروى أبو يوسف رحمه الله قال حدثنا أشعث بن سوار عن الشعبى أنه قال حريم البئر أربعون ذراعا من ههنا وههنا وههنا وههنا لا يدخل عليه أحد فى حريمه وفى مائه وقوله (والعام المتفق على قبوله والعمل به) يريد قوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا لان كلمة من تفيد العموم (أولى عنده) أى عند أبى حنيفة رحمه الله (من الخاص المختلف فى قبوله والعمل به) يريد به حديث الزهرى حريم العين خمسمائة ذراع وحريم البئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ورد عموم الاول بأن معناه من حفر بئر العطن فله مما حولها أربعون ذراعا وهو خاص بالعطن كما ترى وأجيب بأن عطنا ليس صفة لبئر حتى يكون مخصصا وانما هو بيان الحاجة الى الاربعين ليكون دافعا لمقتضى القياس فانه يأبى استحقاق الحريم لان عمل الحافر فى موضع الحفر واستحقاقه بالعمل ففى موضع الحفر استحقاقه لكنا تركناه به

ولانه

ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه أن يدير البعير حول البئر فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال (وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع) لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجرى فيه الماء ومن حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجرى فيه الى المزرعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هى المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كى لا يتحول الماء الى الثانى فيتعطل الاول قال (فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كى لا يؤدى الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره أن يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول أن يصلحه و يكبسه تبرعا ولو أراد أخذ الثانى فيه قيل له أن يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في أدب القاضى للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا ان كان بغير اذنه عندهما والعذر لابى حنيفة أنه يجعل في الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه

في هذا القدر وفيما وراء الاربعين تعارضا لان العام ينفيه والخاص يثبته فتساقطا فعملنا بالقياس كذا في شرح تاج الشريعة وغيره أقول فيه بحث لان المتعارضين من الدليلين انما يتساقطان اذا لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر وأما اذا كان لاحدهما رجحان على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والامر فيما نحن فيه كذلك لان العام انما ينفى ماوراء الاربعين بطريق المفهوم وهو غير معتبر عندنا وان سلم انه ينفى ذلك بمنطوقه فانما ينفيه بطريق الاشارة والخاص يثبته بطريق العبارة وقد تقرر في علم الاصول ان عبارة النص ترجح على اشارته عند التعارض فلزم أن لا يسقط الخاص بل وجب أن يعمل به ويترك القياس لظهور أن يترك القياس في مقابلة النص قال تاج الشريعة فان قلت كيف يتعارضان وقد ذكر القبول في أحدهما والاختلاف في الآخر قلت يعنى به صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض المشهور مع خبر الواحد ترجح المشهور وعدم التعارض معلوم انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية والشارح العينى أقول الجواب ليس بصحيح اذ لو كان المراد بتعارضهما ههنا صورة التعارض التى لا تنافى رجحان أحدهما على الآخر لما تم قول المصنف وفيما تعارضا فيه حفظناه ولما صح قولهم في شرح ذلك وفيما وراء الاربعين تعارضا فتساقطا فعملنا بالقياس اذ التساقط والعمل بالقياس انما يتصور في حقيقة التعارض بان يتساويا في القوة ولم يوجد المخلص وأما في صورة التعارض مع رجحان أحدهما على الآخر فيجب العمل بالراجح وترك الآخر والقياس وقد عرف ذلك كله في أصول الفقه ثم أقول الظاهر في الجواب أن يقال مدار هذا الدليل على التنزل عما ذكر في الدليل السابق من كون العام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله يعنى لو سلم عدم رجحان أحدهما على الآخر وتساقطهما فيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين حفظنا القياس فيه وهو يكفينا فيما نحن فيه تأمل ترشد (قوله ولانه قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما) أقول هذا التعليل ضعيف جدا لانهم صرحوا بان المراد من بئر العطن ما يستقى منه باليد ومن بئر الناضح ما يستقى منه بالبعير فكيف يتم أن يقال قد يستقى من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد ولئن سلم ذلك فهو على الندرة فكيف يتم أن يقال فاستوت الحاجة فيهما (قوله وقيل ان التقدير في البئر والعين بما ذكرناه في أراضيهم لصلابة بها وفي أراضينا رخاوة فيزاد كى لا يتحول الماء الى الثانى فيتعطل الاول) أقول فيه اشكال اذ المقادير مما

فان قيل فأتركه في الناسخ أيضا لحديث الزهرى لئلا يلزم التحكم قلنا حديثه فيه معارض بالعموم فيجب المصير الى ما بعده وهو القياس فحفظناه وقوله لما روينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وقوله (والذراع هى المكسرة) يعنى أن يكون ست قبضات وهو ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك وهو بعض الاكاسرة بقبضة وقوله (لما بينا) اشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة من قوله بذراع الكرباس توسعة على الناس فانها هى المكسرة قال (فمن أراد أن يحفر في حريمها منع منه) كلامه واضح وقوله (أن يطمه) أى يصلحه و يكبسه من باب أعجبنى زيد وكرمه في كون العطف للتفسير فان اصلاحه كبسه قوله (وذكر طريقة معرفة النقصان) وهو أن يقوم الاولى قبل حفر الثانية و بعده فيضمن نقصان ما بينهما والقناة مجرى الماء تحت الارض تسمى بالفارسية كاريز

(قوله اشارة الى ما ذكره في كتاب الطهارة) أقول في باب الماء الذى يجوز به الوضوء وفيه رد على العلامة الكاكى حيث قال في شرح قوله وقد بينا أن الوجه في أن الخمسمائة تعتبر من كل جانب ولكن لم يذكر بيان الذراع انتهى فتأمل

وقوله (به ورد الحديث) يريد به ماروى أن رجلا غرس شجرة فى أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنب شجرته فشكى صاحب الشجرة الاولى الى النبى صلى الله عليه وسلم فجعل له النبى عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك وهو حديث مشهور ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه (قوله ومن كان له نهر فى أرض غيره) ذكر فى شرح الطحاوى لوأن نهرا لرجل وأرضا على شاطئ النهر لآخر فتنازعا فى المسناة فان كان بين الارض وبين النهر حائل كالحائط ونحوه فالمسناة لصاحب الارض بالاجماع وان لم يكن بينهما حائل (١٤٢) قال أبو حنيفة رحمه الله هى لصاحب الارض ولصاحب النهر فيها حق حتى ان صاحب الارض اذا أراد رفعها أى هدمها كان لصاحب النهر منعه من ذلك وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله المسناة لصاحب النهر وذكر فى كشف الغوامض ان الاختلاف فى نهر كبير لا يحتاج الى كريه فى كل حين أما الانهار الصغار التى يحتاج الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق هكذا ذكره فى النهاية وظاهر كلام المصنف ينافيه وقوله (فيكون له حريم اعتبارا بالبئر) يعنى بجامع الاحتياج فان استحقاق الحريم للحاجة وهى موجودة فى النهر كهى فى البئر والعين فيتعدى الحكم منهما اليه (وله أن القياس يأباه على ماذكرناه) يعنى قوله ولان القياس يأبى استحقاق الحريم الى آخره وفى البئر عرفناه بالاثر فكان الحكم معدولا به عن القياس فى الاصل فلا يصح تعديته وقوله (والحاجة الى الحريم فيه) أى فى البئر جواب عما يقال هب أنه على خلاف القياس فليلحق به بالدلالة ووجهه أن الالحاق بالدلالة انما يكون للاعلى بالادنى أو المساوى والامر فيما نحن فيه ليس كذلك فان الحاجة الى الحريم فيه أى فى البئر بمعنى القليب فوق الحاجة اليه فى النهر لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن فى البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق وقوله (ووجه البناء الى قوله والقول لصاحب اليد) من جهتهما وقوله (ولعدم استحقاقه الى آخره) من جهة أبى حنيفة رحمه الله وله

وماعطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره وان حفر الثانى بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى فلا شئ عليه لانه غير متعد فى حفرها وللثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول فيه (والقناة لها حريم بقدر مايصلحها) وعن محمد أنه بمنزلة البئر فى استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لاحريم لها مالم يظهر الماء على الارض لانه نهر فى التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع (والشجرة تغرس فى أرض موات لها حريم أيضا حتى لم يكن لغيره أن يغرس شجرا فى حريمها) لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة أذرع من كل جانب به ورد الحديث قال (وماترك الفرات أو الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه) لحاجة العامة الى كونه نهرا (وان كان لايجوز أن يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر) لانه ليس فى ملك أحد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم فى يد الامام قال (ومن كان له نهر فى أرض غيره فليس له حريم عند أبى حنيفة الا أن يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشى عليها ويلقى عليها طينه) قيل هذه المسئلة بناء على أن من حفر نهرا فى أرض موات باذن الامام لايستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشى لتسييل الماء ولا يمكنه المشى عادة فى بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله أن القياس يأباه على ماذكرناه وفى البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه فى النهر لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن فى البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على مانذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتدأة فلهما أن الحريم فى يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لايملك صاحب الارض نقضه

لامدخل فيه للرأى أصلا وانما مدارها النص من الشارع كما صرحوا به واتفقوا عليه والذى ثبت بالنص فيما نحن فيه ماذكر فيما قبل لاغير فتصير الزيادة عليه عملا بالرأى فيما هو من المقادير وهو لايجوز فليتأمل فى الدفع (قوله وماعطب فى الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر فى ملك غيره) أقول فى التعليل قصور لانه لايتمشى فيما اذا حفر الاول بغير اذن الامام على أصل أبى حنيفة فانه يجعل الحفر هنالك تحجيرا كما مر آنفا وبمجرد التحجير لاتصير البئر الاولى ولا حريمها ملكا للمحجر فلا يصدق هنالك على أصله أن يقال ان الثانى حفر فى ملك غيره فالاولى فى التعليل أن يقال لانه متعد فيه حيث حفر فى حق غيره اذ لاشك أن الحق يثبت بالتحجير كما يثبت بالاحياء ولهذا لايقدر الامام أن يأخذها من

(قال المصنف والقناة لها حريم بقدر مايصلحها) أقول وفى غاية البيان تفصيل حسن فى هذا المقام فراجعه (قال المصنف لان الانتفاع بالماء فى النهر ممكن بدون الحريم) أقول الا أنه يلحقه بعض الحرج فى نقل الطين والمشى فى وسطه

وقوله (أماصورة فلاستوائهما) يشير الى أن الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الارض فأما اذا كانت المسناة أرفع من الارض فهى لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لالقاء طينه وقوله (يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه) هو الموعود بقوله

على مانذكره وقوله (والقضاء فى موضع الخلاف) أى فى مسئلة من كان له نهر فى أرض غيره قضاء ترك لاقضاء ملك فلو أقام صاحب النهر البينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته لان المقضى عليه فى حادثة قضاء ملك لايصير مقضيا له فيها وقوله (ولانزاع فيما به استمساك الماء) جواب عن قولهما ان الحريم فى يد صاحب النهر بامساك الماء وهو واضح وقوله (والمانع من نقضه) جواب عن قولهما ولهذا لايملك صاحب الارض نقضه وذكر رواية الجامع الصغير لانه يتبين بها موضع الخلاف وقوله (ليس لاحدهما عليه) أى على المسناة بتأويل الحريم

وله أنه أشبه بالارض صورة ومعنى أماصورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن فى يده ماهو أشبه به كاثنين تنازعا فى مصراع باب ليس فى يدهما والمصراع الآخر معلق على باب أحدهما يقضى للذى فى يده ماهو أشبه بالمتنازع فيه والقضاء فى موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على أنه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن أرضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لاملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه (وفى الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة أرض تلزقها وليست المسناة فى يد أحدهما فهى لصاحب الارض عند أبى حنيفة وقالا هى لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك) وقوله وليست المسناة فى يد أحدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف أما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل أولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لايدرى من غرسه فهو من مواضع الخلاف أيضا وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر وأما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك مالم يفحش وأما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لايمنع للضرورة قال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين ثم عن أبى يوسف أن حريمه مقدار نصف النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا أرفق بالناس

يد المحجر ويدفعها الى غيره الا اذا حجر أرضا ولم يعمرها ثلاث سنين كما مر فيمشى التعليل بهذا الوجه فى الصورة المذكورة أيضا على أصل أئمتنا الثلاثة جميعا (قوله وله أنه أشبه بالارض صورة ومعنى أماصورة فلاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة) قال صاحب العناية وقوله لاستوائهما يشير الى أن الخلاف فيما اذا لم تكن المسناة مرتفعة عن الارض فأما اذا كانت المسناة أرفع من الارض فهى لصاحب النهر لان الظاهر أن ارتفاعه لالقاء طينه انتهى وتبعه العينى أقول ليس هذا بشرح سديد لان الاشارة الى ماذكره انما يتصور أن لو كان المراد باستوائهما فى قوله صورة لاستوائهما استواءهما فى الارتفاع والانخفاض أى الاستواء المكانى ولا يذهب على ذى مسكة أن المراد بذلك انما هو الاستواء فى الحقيقة الارضية كيف لا والاستواء بالمعنى الاول قد يتحقق بين النهر والحريم أيضا كما لايخفى عليك فلو كان المراد ذلك لاختل التعليل المذكور بتصور (قوله وثمرة الاختلاف أن ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر) قال بعض الفضلاء فيه بحث اذ لايظهر كون ماذكره ثمرة لما تقدمه بل لايبعد أن يدعى العكس انتهى أقول لاوجه لكلامه هذا أصلا فانه لما لم يكن لصاحب النهر حريم عنده بل كان طرفا النهر لصاحب الارض وكان لصاحب النهر حريم عندهما ظهر منه أن ولاية الغرس فى مقدار ذلك الحريم لصاحب الارض عنده ولصاحب النهر عندهما اذ لاشك أن ولاية الغرس فى موضع لمن يستحق ذلك الموضع وهذا مما لاسترة به فكيف خفى على مثل ذلك القائل

(قوله يشير الى أن الخلاف الخ) أقول لايخفى عليك مافى الاشارة من الخفاء ولك أن تقول المراد بالاستواء هو الاستواء صورة بأن لايرتفع الحريم من الارض لا الاستواء فى الارضية (قوله هو الموعود بقوله على ماذكره) أقول فيه بحث بل الموعود قوله وله أنه أشبه بالارض (قال المصنف وثمرة الاختلاف الخ) أقول فيه بحث اذ لايظهر كون ماذكره ثمرة لما تقدمه بل لايبعد أن يدعى العكس

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء والشفة أصلها شفهة أسقطت الهاء تخفيفا والمراد بها ههنا الشرب بالشفاه وجيحون نهر خوارزم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة وضفة النهر بالكسر والفتح حافته وأنث ثلاث في قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث لان الفصيح في الكلام اذا لم يذكر المعدود أن يذكر على لفظ المؤنث نظرا الى لفظ الاعداد ومثله قوله عليه الصلاة السلام من صام رمضان وأتبعه بست من شوال الحديث والصوم انما يتحقق في الايام لا في الليالي ولكن لما لم يذكر المعدود وهو الايام أنثه وقوله عليه الصلاة والسلام شركاء يريد به الاباحة في الماء الذي لم يحرز نحو الحياض والعيون والآبار والانهار وأما الكلا وهو ما لا ساق له فاما أن ينبت في أرض شخص أو أنبته فيها بكرى الارض وسقيها فان كان الاول كان مباحا للناس الا أن أحدا لا يدخل ملكه الا باذنه فان لم يجد في غير ذلك الموضع فاما أن يخرج له صاحب الارض أو يأذن له بالدخول وان كان الثاني فهو أحق به وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب وأما النار فكن أوقد نارا في أرض فليس لاحد فيها حق فلهم أن ينتفعوا بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب وأن يعمل بضوئها وأما اذا أراد أن يأخذ الجمر فليس له ذلك الا برضاه لان ذلك فحم أو حطب قد أحرزه الموقد ليس مما تثبت فيه الشركة وكلامه واضح وقوله (الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل) يريد به قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاث وقوله (حتى لو سرقه انسان لم يقطع) اعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة بهذا الطريق ولو

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ واذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع شيأ من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم) اعلم أن المياه أنواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من أراد أن يكرى نهرا منها الى أرضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على أي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي فان أحيا واحد أرضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك أحد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في أن يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلاث الماء والكلا والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في أرضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه أفضى الى حرج عظيم وان أراد رجل أن يسقي بذلك أرضا أحياها كان لاهل النهر أن يمنعوه عنه أضر بهم أو لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو أبحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد المأخوذ الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده

﴿ فصول في مسائل الشرب ﴾

﴿ فصل في المياه ﴾ لما فرغ من ذكر احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود هو الماء كذا في الشروح أقول يرد على ظاهره أن يقال اذا كان الشرب مما يحتاج اليه احياء الموات كان اللائق تقديم مسائل الشرب على مسائل احياء الموات على عكس ما في الكتاب والجواب أن احياء الموات لاصالته وكثرة فروعه كما يدل عليه ترجمة الكتاب به في العنوان يستحق التقديم لا محالة وانما مقصود الشراح ههنا بيان مجرد وجه تذييله بمسائل الشرب لتحقق المناسبة والتعلق بينهما من جهة احتياج أحدهما على الآخر دون بيان الترتيب بينهما فيتم المطلوب بما ذكروه (قوله الا أنه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده) واعترض عليه بأنه على هذا ينبغي أن لا يقطع في الاشياء كلها لان قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يورث الشبهة

ولو كان البئر أو العين أو الحوض أو النهر فى ملك رجل له أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه اذا كان يجد ماء آخر يقرب من هذا الماء فى غير ملك أحد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما أن تعطيه الشفة أو تتركه يأخذ بنفسه بشرط أن لا يكسر ضفته وهذا مروى عن الطحاوى وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر فى أرض مملوكة له أما اذا احتفرها فى أرض موات فليس له أن يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة فى الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه أو ظهره العطش له أن يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء فى البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز فى الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل فى البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير السلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان يأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشى كثرة ينقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا تردها فى كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل فى قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدى الى الحرج وهو مدفوع وان أراد أن يسقى شجرا أو خضرا فى داره حملا بجراره له ذلك فى الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع من الدناءة وليس له أن يسقى أرضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله أن يمنعه من ذلك لان الماء متى دخل فى المقاسم انقطعت شركة الشرب بواحدة لان فى ابقائه قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان أذن له صاحبه فى ذلك أو أعاره فلا بأس به لانه حقه فتجرى فيه الاباحة كالماء المحرز فى انائه

بهذا الطريق وأجيب بان العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزانى والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد غير ما دل عليه الخصوصات كذا فى العناية أقول فى هذا الجواب نظر لانه وان لم يلزم بالعمل بالحديث المذكور على الاطلاق ابطال دليل شرعى آخر فانهم حكموا بان الماء المحرز فى الاوانى يصير مملوكا بالاحراز وينقطع حق الغير عنه وهذا حكم شرعى لا بد له من دليل شرعى لا محالة فلو عملنا بالحديث المذكور على الاطلاق لزم ابطال ذلك الدليل الشرعى الدال على أن الماء المحرز فى الاوانى ملك خاص لمن أحرزه لا شركة فيه لغيره من الناس فدل على أن المراد بالحديث المذكور غير ما دل عليه خصوص الدليل الشرعى الدال على أن الماء المحرز فى الاوانى ملك مخصوص لمحرزه كما قيل فى الآية المذكورة فينبغى أن لا يورث شبهة فيما لو سرق انسان ماء محرزا فى الاوانى كما لا تورثها الآية المذكورة فالحق فى الجواب عن ذلك الاعتراض ما ذكره تاج الشريعة حيث قال فان قلت فعلى هذا ينبغى أن لا يقطع السارق نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا قلت مقابلة الجمع بالجمع تقتضى انقسام الآحاد كما فى قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولا يجوز لزائد على الاربع فكذا معنى الآية والله أعلم خلق لكل واحد منكم ما وقع فى يده لا كل الاشياء وفيما نحن فيه أثبت الحديث الشركة للناس عاما اه

وأجيب بأن العمل بالحديث يوافق العمل بقوله تعالى هو الذى خلق لكم الآية ولا يلزم بالعمل به ابطال الكتاب بخلاف قوله تعالى هو الذى خلق لكم فان العمل به على الاطلاق يبطل قوله تعالى الزانية والزانى والسارق والسارقة وغير ذلك فدل على أن المراد به غير ما دل عليه الخصوصات وقوله وقيل له أن يمنع اعتبارا بسقى المزارع والمشاجر ذكر فى المبسوط وأكثرهم على أن له أن يمنع فى مثل هذه الصور لان الشفة ما لا يضر بصاحب النهر والبئر فأما ما يضر ويقطع فله أن يمنع ذلك وقوله ولهم أن يأخذوا منه أى من الجدول الصغير علم من وضع المسئلة فيه وقوله فى الصحيح اشارة الى اختلاف المشايخ رحمهم الله فان منهم من قال لا يأخذون الماء منه للوضوء وغسل الثياب لان الشركة تثبت فى حق الشفة لا غير والصحيح جوازه دفعا للحرج وقوله له ذلك فى الاصح احتراز عن قول بعض المتأخرين من أئمة بلخ اذ قالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر عملا بظاهر الحديث وقوله (لان الماء متى دخل فى المقاسم) أى متى دخل فى قسمة رجل بعينه وقوله بواحدة أى بالكلية

﴿فصل فى كرى الانهار﴾ لما فرغ عن ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التى كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام أخر ذكره ووجه الحصر فى الثلاثة ظاهر لان النهر اما أن يكون عاما من كل وجه أو خاصا كذلك أو عاما من وجه خاصا من وجه أما الاول فكالفرات وسيحون وجيحون ودجلة وأما الآخران فقد فصل المصنف رحمه الله بينهما باستحقاق الشفة وقد تقدم ذلك فيهما وقوله (الا أنه يخرج له) أى للكرى من كان يطيقه أى الذى يقدر على العمل (ويجعل مؤنته) أى مؤنة من يطيقه على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما يفعل ذلك فى تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال ويجعل مؤنته على الاغنياء وقوله (ويقابله عوض) يعنى حصته من الشرب فلا يعارض به أى فلا يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يغلب جانب الضرر العام فيجعل ضررا ويجب السعى فى اعدامه وان بقى الضرر الخاص وقوله (خيفة الانبثاق) يقال بثق السيل موضع كذا أى خرقه وشقه وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخلوص ثم قيل يجبر الآبى كما فى الثانى وهو قول أبى بكر الاسكاف رحمه الله وقيل لا يجبر وهو قول أبى بكر بن أبى سعيد البلخى رحمه الله وقوله (فاستوت الجهتان) يعنى فى الخصوص بخلاف ما تقدم وهو الاجبار فى النهر الثانى فان من أبى من أهله يجبر عليه هنالك لان احدى الجهتين عام والاخرى خاص فيجبر الآبى دفعا للضرر العام عن غيره وقوله (ولا جبر لحق الشفة) جواب عما يقال ان فى كرى النهر الخاص احياء حق الشفة العامة فيكون فى الترك ضرر عام فينبغى أن يجبر الآبى على الكرى دفعا للضرر عن أهل الشفة وهو قول بعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله وفى ظاهر الرواية لا يجبر الآبى لحق أهل الشفة كما لو امتنع جميع ومؤنة

﴿فصل فى كرى الانهار﴾ قال رضى الله عنه الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم يدخل ماؤه فى المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة الا أنه عام ونهر مملوك دخل ماؤه فى القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفة به وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثانى للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن فى بيت المال شئ فالامام يجبر الناس على كريه احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بأنفسهم وفى مثله قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم الا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم وأما الثانى فكريه على أهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبى خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضى وفساد الطرق يجبر الآبى والا فلا لانه موهوم بخلاف الكرى لانه معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبى كما فى الثانى وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبى بما أنفقوا فيه اذا كان بأمر القاضى فاستوت الجهتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا

﴿فصل فى كرى الانهار﴾ قال جماعة من الشراح لما فرغ من ذكر مسائل الشرب احتاج الى ذكر مؤنة كرى الانهار التى كان الشرب منها ولكن لما كانت مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر اذ النهر يوجد بدون مؤنة الكرى كالنهر العام أخر ذكره انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان المصنف لم يفرغ من ذكر مسائل الشرب بل هو فى أثناء ذكر مسائلها بعد كيف وقد قال فيما قبل فصول فى مسائل الشرب وهو الآن شرع فى الفصل الثانى من تلك الفصول وأما ثانيا فلان النهر العام أيضا لا يوجد بدون مؤنة الكرى بل له مؤنة من بيت مال المسلمين كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم لا يقال مرادهم أن النهر العام يوجد بدون مؤنة الكرى على أهله لا أنه يوجد بدونها مطلقا يشير اليه قول المصنف فيما بعد وأما الثانى فكريه على أهله لا على بيت المال فلا يضرهم وجوب مؤنة النهر العام على السلطان لانا نقول مؤنة النهر العام وان كانت على السلطان فى الظاهر حيث كان صرفها من يده الا أنها فى الحقيقة على أهلها أيضا وهم عامة المسلمين يرشد اليه قول المصنف لان منفعة الكرى لهم فتكون مؤنته عليهم فى تعليل قوله فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين ولئن سلم أن مؤنة النهر العام على السلطان نفسه فلا يجدى نفعا أيضا اذ لا يلزم حينئذ أن يوجد النهر بدون مؤنة الكرى مطلقا فلا يثبت كون مؤنة الكرى أمرا زائدا على النهر فلا يتم وجه التأخير الذى ذكروه ههنا ثم أقول ما ذكروه ههنا مع كونه غير تام فى نفسه مستغنى عنه بالكلية بما ذكروه من قبل عند قول المصنف فصول فى مسائل الشرب فصل فى المياه فانهم قالوا هنالك لما فرغ من احياء الموات ذكر ما يتعلق به من مسائل الشرب لان احياء الموات يحتاج اليه وقدم فصل المياه على فصل الكرى لان المقصود

ومؤنة كرى النهر المشترك عليهم من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هي عليهم جميعا من أوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل مافضل من الماء فيه وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن أرضه بسده من أعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز أرضه كما ذكرناه وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو مروى عن محمد رحمه الله والاول أصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من أعلاه وأسفله فاذا جاوز الكرى أرضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له أن يفتح الماء ليسقى أرضه لانتهاء الكرى في حقه وقيل ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه نفيا للاختصاص وليس على أهل الشفة من الكرى شئ لانهم لا يحصون ولانهم أتباع

﴿فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه﴾ قال (وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا) لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى (واذا كان نهر لرجل يجرى في أرض غيره فاراد صاحب الارض أن لا يجرى النهر في أرضه ترك على حاله) لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول

هو الماء انتهى فتأمل (قوله وله أن المقصد من الكرى الانتفاع بالسقى وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انفاع غيره) قال صاحب النهاية والصواب نفع غيره لان الانفاع في معنى النفع غير مسموع كذا وجدت بخط الامام تاج الدين الزرنوجي الى هنا كلامه واقتفى أثره جماعة من الشراح ولم يزيدوا على ذلك شيأ وقال صاحب الغاية استعمل الانفاع في معنى النفع وهو ضد الضر ولم يسمع ذلك في قوانين اللغة وجاء أرجعته في لغة هذيل بمعنى رجعته ويجوز على قياسه أنفعته بمعنى نفعته ولكن اللغة لا تصح بالقياس ويجوز أن يكون ذلك سهوا من الكاتب بان يكون في الاصل انتفاع غيره من باب الافتعال انتهى كلامه وقال الشارح العيني بعد نقل كلام هؤلاء الشراح على الترتيب المذكور قلت لا يلزم أن تكون الهمزة هنا للتعدية لكون النفع متعديا بدون الهمزة بل يجوز أن تكون للتعريض من باب أبعته فان باع متعد ولما قصدوا منه التعريض أدخلوا الهمزة عليه على قصد أن يكون المفعول معرضا لاصل الفعل فان معنى أبعته عرضته للبيع وجعلته منتسبا اليه وكذلك ههنا يكون المعنى فلا يلزمه أن يجعل غيره معرضا للنفع ولا منتسبا اليه انتهى أقول ليس هذا بشئ اذ مآله أيضا اثبات اللغة بالقياس وهو غير صحيح على ما صرحوا به ولو صح ذلك لكان قياس ما في الكتاب على أرجعه بمعنى رجعه أولى وأحسن من قياسه على أباعه بمعنى عرضه للبيع كما لا يخفى على ذي فطرة سليمة

﴿فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه﴾ لما قرب الفراغ عن بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (قوله وتصح دعوى الشرب بغير أرض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد تباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه دعوى البيع) قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ماذكره في الكتاب كذا في العناية وغيرها أقول فيه اشكال لان ماذكره في الكتاب لا يدفع ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط اذ لا شك أن المشروط ينتفي بانتفاء الشرط فاذا انتفى الاعلام الذي هو شرط صحة الدعوى في دعوى الشرب لجهالته جهالة لا تقبل الاعلام انتفى صحة دعوى الشرب قطعا فلا يتصور صحة دعواه بما ذكره في الكتاب من كونه مملوكا بدون الارض ارثا وباقيا بعد بيع الارض ومرغوبا فيه والا يلزم أن يتحقق المشروط بدون أن يتحقق الشرط فكيف يصلح ماذكره في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان

أهل النهر عن كريه فانهم لا يجبرون على الكرى لحق أهل الشفة وقوله (ومؤنة كرى (١٤٧) النهر المشترك) ظاهر وقوله (فلا يلزمه انفاع غيره) قال في النهاية الصواب نفع غيره لان الانفاع في معنى النفع غير مسموع وقوله (لانهم لا يحصون) يعني فكانوا مجهولين

﴿فصل في دعوى الشرب والاختلاف والتصرف فيه﴾

لما قرب من فراغ بيان مسائل الشرب ختمه بفصل يشتمل على مسائل شتى من مسائل الشرب (يجوز دعوى الشرب بلا أرض استحسانا) قال في المبسوط ينبغي في القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ووجه الاستحسان ماذكره في الكتاب وقوله (ترك على حاله) معناه لم يكن له ذلك

﴿فصل في كرى الانهار﴾ * (قال المصنف فلا يلزم انفاع غيره) أقول الصواب نفع غيره لان الانفاع في معنى النفع غير مسموع

﴿فصل في دعوى الشرب﴾ * (قال المصنف لانه قد يملك بدون الارض ارثا) أقول قد يملك بالارث مالا يملك بالبيع كالقصاص والخمر (قال المصنف واذا كان النهر لرجل الخ) أقول أي ماؤه ذكر المحل وأريد الحال (قال المصنف لانه مستعمل له باجراء مائه) أقول الضمير في قوله له عائد الى النهر مرادا به المعنى الحقيقي على طريقة الاستخدام

قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة أن هذا النهر له أو أنه قد كان مجراه له في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له أو حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب (واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم) لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على أن يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق له

في مقابلة ذلك الوجه المذكور للقياس في المبسوط على أن ماذكره في الكتاب لو كان مصححا لدعوى الشرب مع جهالته لكان مصححا لدعوى غيره أيضا من الاعيان المجهولة مع كونها باطلة قطعا ثم يصلح ماذكر في الكتاب أن يكون وجه الاستحسان في مقابلة وجه آخر للقياس مذكور أيضا في المبسوط ومنقول عنه أيضا في النهاية ومعراج الدراية وهو أن المدعي يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فيما يدعيه اذا اثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى كالخمر في حق المسلمين فان ماذكر في الكتاب يدفع هذا الوجه ويصير جوابا عنه على وجه الاستحسان تأمل تفهم ثم أقول الوجه الاول من ذينك الوجهين للقياس في مسئلتنا هذه وان كان مذكورا في المبسوط والكافي وكثير من شروح هذا الكتاب بطريق النقل عن المبسوط في بعضها وبطريق الاصالة في البعض الا أنه منظور فيه عندي لانهم ان أرادوا بقولهم في ذلك الوجه والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام أن الشرب مطلقا مجهول جهالة لا تقبل الاعلام فهو ممنوع فانه اذا ادعى شرب يوم في الشهر مثلا يصير الشرب هنالك معلوما نص عليه في الاصل فانه قال في باب الشهادات في الشرب من الاصل واذا كان نهر لرجل في أرضه فادعى رجل فيه شرب يوم في الشهر وأقام على ذلك شاهدين عدلين تقبل هذه الشهادة ويقضى له بذلك استحسانا لانها شهادة قامت على شرب معلوم من غير أرض والشهادة على الشرب من غير أرض مقبولة اذا كان الشرب معلوما والشرب معلوم لانهم شهدوا له بشرب يوم من ثلاثين يوما وهو معلوم الى هنا لفظ الاصل وان أرادوا بذلك أن الشرب قد يكون مجهولا فهو مسلم ولكن لا يجدي شيأ فيما نحن فيه اذ لا شك أن المراد بصحة دعوى الشرب بغير أرض استحسانا في مسئلتنا هذه صحة دعوى الشرب المعلوم فان دعوى الشرب المجهول والشهادة عليه لا تصح أصلا نص عليه في الاصل أيضا فانه قال فيه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عدد الايام لا تقبل هذه الشهادة لانهم شهدوا بشرب مجهول لا يمكن القضاء به لانه لا يدرى أن له شرب يوم من الشهر أو من السنة أو من الاسبوع وجهالة المشهود به تمنع من قبول الشهادة لانه لا يمكن القضاء بها انتهى (قوله فان لم يكن في يده) قال في العناية والنهاية يعني بأن لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر انتهى أقول في المعنى الاول خلل اذ لا يخفى على الفطن أنه على تقدير أن يكون مراد المصنف بقوله فان لم يكن في يده هو المعنى الاول أي بأن لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه يلزم أن يلغو قوله ولم يكن جاريا اذ يكون عدم الجريان حينئذ مندرجا في مضمون قوله فان لم يكن في يده فيكون قوله ولم يكن جاريا مستدركا محضا فالوجه هو المعنى الثاني وهو ان لم تكن أشجاره في طرفي النهر فان كون أشجاره في طرفي النهر علامة أن يكون هذا النهر له وجريان مائه فيه علامة أن يكون له مجراه في هذا النهر فيكون قوله فان لم يكن في يده اشارة الى انتفاء العلامة الاولى وقوله ولم يكن جاريا اشارة الى انتفاء العلامة الثانية ويصير معنى مجموع كلامه فان لم يوجد شئ من العلامتين فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له أو أنه كان له مجراه في هذا النهر فينتظم السياق واللحاق كما ترى لا يقال يجوز أن يكون مراد

الا

قوله (فان لم يكن في يده) يعني بان لم يكن مستعملا باجرائه ماءه فيه أو لم تكن أشجاره في طرفي النهر فعليه أي فعلى المدعي البينة أن هذا النهر له ان كان يدعي رقبة النهر أو أنه قد كان مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها ان كان يدعي الاجراء في هذا النهر فاذا أقامها يقضى له لاثباته بالحجة ملكا له يعني في الاول أو حقا مستحقا فيه يعني في الثاني فان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة وقوله (فحكم الاختلاف فيها) أي اختلاف المدعين في الامور المذكورة (نظيره) أي نظير الاختلاف في الشرب وقوله (لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره) معارض لانهم قالوا قد استووا في اثبات اليد على الماء الذي في النهر والمساواة في اليد توجب المساواة في الاستحقاق وأجيب بأن اثبات اليد على الماء انما هو بالانتفاع بالماء وانتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة فلا يتحقق التساوي في اثبات اليد وقوله (لم يكن له ذلك) أي لم يكن لصاحب الاعلى (السكر لما فيه) أي في السكر من ابطال حق الباقين ولكن يشرب بحصته يعني من غير سكر

(قوله لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة الخ) أقول أي لا يكون له انتفاع مثل انتفاع من له الخ

وقوله (الا أنه اذا تمكن من ذلك) يعنى اذا اصطلحوا على السكر ليس لمن يسكر أن يسكر بما ينكبس به النهر كالطين ونحوه اذا أمكنه أن يسكر بلوح أو باب خشب لكونه اضرارا بهم فيمنع ما فضل عن السكر عنهم الا اذا رضوا بذلك فان لم يكن لواحد منهم الشرب الا بالسكر ولم يصطلحوا على شئ يبدأ أهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكر والان فى السكر احداث شئ فى وسط النهر المشترك فلا يجوز ذلك ما بقى حق جميع الشركاء وحق أهل الاسفل ثابت مالم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وهذا معنى قول ابن مسعود رضى الله عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل أعلاه حتى يرووا والان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعته فى ذلك ومن لزمك طاعته فهو أميرك وقوله (والدالية والسانية نظير الرحى) الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفى رأسه مغرفة كبيرة يسقى بها والسانية البعير يستقى من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والآجر موضوعا لا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتخذه فى ملك مشترك فلا يملك الا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم وقوله (وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) الكوة ثقب البيت والجمع كواء بالمد وكوى مقصور ويستعار لمفاتح الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر ومعناه ليس له أن يوسع الكوة وقوله (وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه) أى من فم النهر وهذا تقدير اتفاقى والعبرة للاحتباس وصورة هذا اذا كانت الالواح التى فيها الكوة فى فم النهر فأراد أن يؤخرها عن ضفة النهر فيجعلها فى وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح ومعنى قوله يسفل كواه أى يجعلها أعمق مما كانت وهى فى ذلك الموضع أو يرفعها الى وجه الارض وقوله (وهو نظير طريق مشترك) يعنى من حيث انه يزيد فى الشرب ما ليس له منه حق فى الشرب ويزيد من المارة من ليس له حق فى المرور وقيد بقوله (ساكنها غير ساكن هذه الدار) لانه لو كان ساكن الدارين واحدا كان له أن يفتح بابا الى دار أخرى

الا أنه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم أن يكرى منه نهرا أو ينصب عليه رحى ماء الا برضا أصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا أن يكون رحى لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها فى أرض صاحبها لانه تصرف فى ملك نفسه ولا ضرر فى حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه الذى كان يجرى عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك أو كان مقنطرا مستوثقا فأراد أن ينقض ذلك ولا يزيد ذلك فى أخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف فى خاص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء بأخذ زيادة الماء ويمنع من أن يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه فى أخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا أراد أن يؤخرها عن فم النهر فيجعلها فى أربعة أذرع منه لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعها حيث يكون له ذلك فى الصحيح لان قسمة الماء فى الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فأراد أحدهم أن يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة فى نهر خاص ليس لواحد أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى فى النهر الاعظم لان لكل منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان له أن يزيد فى الكوى بالطريق الاولى (وليس لاحد الشركاء فى النهر أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها فى ذلك شرب) لانه اذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه (وكذا اذا أراد أن يسوق شربه فى أرضه الاولى حتى ينتهى الى هذه الارض الاخرى) لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الارض الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التى يفتحها فى هذا الطريق ولو أراد الاعلى من الشريكين فى النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كى لا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر

صاحبى العناية والنهاية تفسير مجموع قول المصنف فان لم يكن فى يده ولم يكن جاريا على أن يكون قولهما بأن لم يكن مستعملا باجراء مائه فيه ناظرا الى قوله ولم يكن جاريا وأن يكون قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر ناظرا الى قوله فان لم يكن فى يده على طريقة اللف والنشر الغير المرتب لانا نقول مع

(قال المصنف وكذا اذا كانت القسمة بالكوى) أقول بكسر الكاف قال الزيلعى أى ليس له توسيع فم النهر لانه يحبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى كونه أكثر مما كان يدخل قبله انتهى وقال الاكمل وغيره معناه ليس له أن يوسع الكوة لكن لا يخفى أن ما ذكره الزيلعى أوجه وأولى

وقوله (وكذا اذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما) بأن يقول لشريكه اجعل لى نصف الشهر ولك نصفه فاذا كان فى حصتى سددت ما بدالى منها وأنت فى حصتك فتحتها كلها فليس له ذلك بعدما كانت القسمة بينهما بالكوى لان الانتفاع بالماء فى القسمة الاولى مستدام وفى الثانية فى بعض المدة ورعما يضر ذلك بصاحب السفل وقوله (لانه اعارة) لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب من النهر لتعذر جعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارته به باطل واذا كانت عارية فللمعير أن يرجع متى شاء وقوله (والشرب مما يورث و يوصى بالانتفاع بعينه) بناء على أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه فى أملاكه وحقوقه وعدم جواز بيعه وهبته لا يستلزم عدم جواز ذلك ألا ترى أن القصاص والدين والخمر يملك بالارث وان لم يملك بالبيع ونحوه والوصية أخت الميراث وقوله (بعينه) احتراز عن الايصاء ببيع الشرب كما سنذكره والحاصل أن الشرب بغير الارض لا يملك بشئ من العقود فاذا سماه فى النكاح صح النكاح ووجب مهر المثل واذا سماه فى الخلع صح الخلع وعليها رد ما قبضت من المهر واذا جعله بدل الصلح فالمدعى على دعواه اذا لم يكن عن قصاص فان كان فعلى القاتل الدية وأرش الجراحة وقوله (والاصح) اشارة الى وجود الاختلاف فان العلماء رحمهم الله اختلفوا فى كيفية قضاء الدين من قيمة الشرب فمنهم من قال السبيل فى ذلك أن يقال للمقومين ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب وقال بعضهم يضم هذا الشرب الى جريب من الارض من أقرب ما يكون من هذا الشرب و ينظر بكم يشترى مع الشرب وبكم يشترى بدون الشرب فيكون فضل ما بينهما قيمة الشرب ومنهم من يقول يتخذ حوضا و يجمع ذلك الماء فيه فى كل نوبة ثم يبيع الماء الذى جمعه بثمن معلوم ثم يقضى دينه بذلك واختار المصنف رحمه الله ما ذكره فى الكتاب وقوله (أو مخرها) قال فى الصحاح مخرت الارض أى أرسلت الماء فيها وقوله (لانه غير متعد فيه) يلوح الى أنه اذا كان متعديا ضمن وعدم التعدى انما يكون اذا سقى أرضه سقيا يسقى مثله فى العادة وكان ذلك فى نوبته وقيل ان كان جاره تقدم اليه بالاحكام ضمن وان لم يتقدم لم يضمن اعتبارا بالحائط المائل والله تعالى أعلم

﴿كتاب

وكذا اذا أراد أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا أن يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضى لصاحب الاسفل أن ينقض ذلك وكذا ورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى فى النكاح حتى يجب مهر المثل ولا فى الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشئ من العقود ولا يباع الشرب فى دين صاحبه بعد موته بدون أرض كما فى حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح أن يضمه الى أرض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين (واذا سقى الرجل أرضه أو مخرها ماء) أى ملأها (فسال من مائها فى أرض رجل فغرقها أو نزت أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها) لانه غير متعد فيه

كون اللف والنشر الغير المرتب فى مثل هذا المقام من قبيل الالغاز فى الكلام لا يستقيم حينئذ كلمة أو فى قولهما أو لم تكن أشجاره فى طرفى النهر فانها لاحد الامرين فيلزم أن يكون معنى كلام المصنف فان انتفت احدى العلامتين فعليه البينة وليس بصحيح فانه اذا انتفت احداهما ووجدت أخراهما لا يجب عليه البينة ولهذا قال المصنف ولم يكن جاريا بكلمة الواو اشارة الى انتفائهما معا (قوله والشرب مما يورث و يوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة أو للغرر أو لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) ذكر المصنف فى باب البيع الفاسد من كتاب البيوع أن الشرب يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا فى رواية

(قال المصنف حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره) أقول ذكر المصنف فى باب البيع الفاسد من بيوع هذا الكتاب أن الشرب يجوز بيعه مفردا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله حظ من الثمن على ما ذكر فى كتاب الشرب انتهى قيل قوله حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره يناقض قوله ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة انتهى لا يقال المراد باتلاف الشرب اتلافه بالكلية وسقى الارض من شرب غيره لا يستلزمه لانهم صرحوا بخلافه فليراجع شرح الكنز هنالك وفى الكفاية هذا على رواية الاصل واختيار فخر الاسلام أنه ضمن انتهى كلام صاحب الكفاية ثم أقول نعم لا مناقضة فيه أصلا لابتناء الكلامين على الروايتين فاندفع اعتراض صاحب القيل (قوله لو اتفقوا على جواز بيع الشرب بكم يشترى هذا الشرب) أقول فلعلهم جوزوا بيعه فى صورة موت صاحبه مديونا استحسانا على خلاف القياس

ذ كرالاشربة بعـد الشرب لانهماشعبتاعرق واحد لفظا ومعنى وقدم الشرب لمناسبته لاحياء الموات ومن محاسنه بيان حرمتها اذلاشبهة فى حسن تحريم مايزيل العقل الذى هوملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامه فان قيـل مابالهٖ حـل للامم السالفـة مـع احتياجهـم الى ذلك أجيب بأن السكر حرام فى جميع الاديان وحرم شرب القليـل علينا من الخمر كرامة لنامن الله تعالى لئلا نقـع فى المحظـور ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيـل هلا حرمت ابتـداء والداعى المذكور موجود أجيب اما بان الشـهادة بالخـيرية لم تكن اذ ذاك واماالتـدريج الضارى

كتاب الاشربة

وهواختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله قسط من الثمن على ماذكر فى كتاب الشرب انتهى فتوهم بعضهم ان قوله ههنا حتى لايضمن اذا سقى من شرب غـيره يناقض قوله هنالك ولهذا يضمن بالاتلاف مناقضة ظاهرة أقول ليس ذالك بشئ لان بناء كلاميه فى المقامين على الروايتـين فما ذكره ههنا على رواية الاصل وهومختار شيخ الاسـلام خواهر زاده وماذكره هنـالك على ماقاله الامام فخر الاسلام البزدوى وقد أفصح عنه صاحب الخلاصـة حيث قال رجـل له نوبة ماء فى يوم معـين من الاسبوع فجاء رجـل فسقى أرضـه فى نوبتـه ذكر الامام على الـبزدوى أن غاصب الماء يكون ضامنـا وذكر فى الاصـل أنه لا يكون ضامنا ثم قال وفى فتاوى الصغرى رجـل أتلف شرب رجل بأن يسقى أرضه بشرب غيره قال الامام البزدوى ضمن وقال الامام خواهر زاده لا يضمن وعليه الفتوى انتهى وأفصح عنـه صاحب الـكافى أيضا ههنا حيث قال حتى لو أتلف شرب انسان بأن يسـقى أرضـه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وان اختار فخر الاسلام أنه يضمن انتهى

كتاب الاشربة

قال جمهور الشراح ذكر الاشربة بعـد الشرب لانهماشعبتاعرق واحـد لفظا ومعنى وقصـد بعض الفضـلاء حل مرادهم بعرق واحد لفظا ومعنى فقـال العرق اللفظى ظاهر وهو الشرب مصـدر شرب والعـرق المعنوى لعـله الارض فان كلا منهما يخرج منـه اما بالواسطة أو بدونها انتهى أقول حمـل مرادهم بالعـرق المعنوى ههنا على الارض بناء على خروج الشرب منها بالذات وخروج الاشربة منها بالواسطة تعسف جدا لا تقبله الفطرة السليمة والصـواب أن مرادهم بالعرق المعنوى ههنا هو معـنى لفظ الشرب الذى هو مصـدر شرب فان كلا منهما مشـتق من ذلك المصـدر ولابد فى الاشـتقاق من التناسب بين المشتق والمشتق منه فى اللفظ والمعنى وههنا أيضا كذلك وهـذا معنى كونهما شعبتى عرق واحـد لفظا ومعـنى ويرشد اليـه ماذكر فى غاية البيان حيث قال ذكر كتاب الاشربة بعـد الشرب لمناسبة بينهما فى الاشتقاق وهو اشـتراك اللفظين فى المعنى الاصلى والحروف الاصول انتهى ثم ان من محاسن ذكر الاشربة بيان حرمتها اذلاشبهة فى حسن تحريم مايزيل العقـل الذى هو ملاك معرفة الله تعالى وشكر انعامـه فان قيل مابالهٖ حـل للامم السابقة مع احتياجهـم أيضا الى العقل أجيب بأن السكر حرام فى جميع الاديان وحرم شرب القليـل من الخمر علينا كرامـة لنا من الله تعالى لئـلا نقع فى المحظور بأن يدعو شرب القليـل منها الى شرب الكثير ونحن مشهود لنا بالخيرية فان قيل هلا حرمت علينا ابتداء والداعى المذكور موجود أجيب اما بأن الشهادة بالخـيرية لم تكن اذ ذاك واما التـدريج الضارى لئـلا ينفر من الاسـلام كـذا فى العناية أقول فى كل من وجهى الجواب الثانى نظر أما فى وجهـه الاول فلان الشهادة بالخيرية وان لم تكن فى ابتداء الاسـلام الا أن نفس خيرية هـذه الامة كانت فى الابتـداء والانتهاء كما لا يخفى على أحـد وهى كافيـة فى الكرامـة فلا يتم التقريـب وأما فى وجهـه الثانى فلان نفرة الضارى بالخمر أى المعتاد بها من الاسـلام بتحريم الخمر يوجد بتحريمها فى أى وقت كان فانها اذا لم تحرم فى ابتداء الاسـلام كان الضارى بها على حاله فى ابتداء الاسـلام أيضا فاذا حرم بعد ذلك لزم أن ينفر عنـه على مقتضى صعوبة ترك المعتاد وأيضا احتمـال كون الاعتياد بحيث باعثا على التنفر عن الاسلام عند النهى عن تعاطى ذلك الخبث متحقق فى كثير من المنكرات التى نهى عنها فى ابتداء الاسلام مع انه لم يعتبر ذلك فى مقابلة ظهور شرف الاسـلام فههنا أيضا ينبغى أن يكون كذلك

كتاب الاشربة

(قوله ذكر الاشربة بعـد الشرب لانهما شعبتاعرق واحد لفظا ومعنى) أقول العرق اللفظى ظاهـر وهو الشرب مصـدر شرب والعـرق المعنوى لعـله الارض فان كلا منهما يخرج منه اما بالواسطة أو بدونها (قوله ومن محاسنه بيان حرمتها الى قـوله الى ذلك) أقول الضمـير فى حرمتها راجـع الى الاشربة وضمير باله الى ما فى قـوله مايزيل وأشار بقوله ذلك الى العقل والمعـنى مابال الشئ الذى يزيل العـقل حـل للامم السالفـة مع احتياج الامم السالفة الى العقل (قوله فان قيل هلا حرمت ابتداء) أقول يعنى هلا حرمت لنا ابتداء (قوله أجيب اما بأن الشهادة بالخيرية لم تكن اذ ذاك) أقول الشهادة وان تأخرت وجود الكنها عامة لاول هذه الامة وآخرها

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه) وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير (ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلى) أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر

فالوجه الوجيه في الجواب عن السؤال الثاني ما ذكره صاحب النهاية حيث قال فان قيل هلا حرمت الخمر في ابتداء الاسلام مع وجود هذه الحكمة قلنا أباحه الله تعالى في ابتداء الاسلام ليعاين الفساد في الخمر حتى اذا حرم عليهم عرفوا منة الحق لديهم وليس الخبر كالمعاينة انتهى (قوله سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) يعني سمي هذا الكتاب بالاشربة أي أضيف اليها والحال أن الاشربة جمع شراب وهو اسم في اللغة لكل ما يشرب من المائعات سواء كان حراما أو حلالا وفي استعمال أهل الشرع اسم لما هو حرام منه وكان مسكرا لما فيه أي في هذا الكتاب من بيان حكمها أي حكم الاشربة كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان حكم الحدود وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان حكم البيوع هذا زبدة ما ذكره ههنا في جملة الشروح والكافي مع نوع زيادة في حل الالفاظ قال بعض الفضلاء في تفسير قوله من بيان حكمها أي بيان حكم أنواعها وقال ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان لا للافعال فلذلك عنون بالاعيان و يعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني الى هنا كلامه أقول ليس لتوجيهه الذي ذكره لاضافة الكتاب الى الاعيان معنى محصل لانه ان أراد أن الحكم وهو الحرمة ههنا وصف للاعيان حقيقة لا للافعال فهو ممنوع اذ قد تقرر في كتب الاصول سيما في التلويح في أوائل القسم الثاني أن اضافة الحل والحرمة الى الاعيان كحرمة الميتة والخمر والامهات ونحو ذلك مجاز عند كثير من المحققين من باب اطلاق اسم المحل على الحال أو هو مبني على حذف المضاف أي حرم أكل الميتة وشرب الخمر ونكاح الامهات لدلالة العقل على الحذف والمقصود الاظهر على تعيين المحذوف وأما عند بعضهم وان كانت اضافة الحل والحرمة الى الاعيان حقيقة فلوجهين مفصلين في محله الا أن كون اضافتهما الى الافعال حقيقة مما لم ينكره أحد قط بل من يقول بكون اضافتهما الى الاعيان حقيقة انما يقيس اضافتهما الى الاعيان على اضافتهما الى الافعال في كونها حقيقة ويستمد بذلك في توجيه مذهبه فلا مجال للقول بأن الحرمة وصف للاعيان حقيقة لا للافعال على كلا المذهبين وان أراد أن الحرمة ههنا وصف للاعيان مجازا لا للافعال لا يتم قوله فلذلك عنون بالاعيان لان كون الحرمة وصفا للاعيان مجازا لا يقتضي أن يعنون الكتاب بالاعيان بل رعاية جانب الحقيقة في العنوان أولى وأحسن بلا ريب فكان الذي ينبغي أن يعنون بالفعل بأن يقال كتاب شرب الاشربة حتى يراعى كون الفقه باحثا عن أفعال المكلفين بلا كلفة أن يقال و يعلم منه حال الافعال و بالجملة توجيهه المذكور ليس بتام على كل حال (قوله أحدها في بيان ماهيتها) وقع في بعض النسخ مائيتها بدل ماهيتها قال في غاية البيان المائية بمعنى الماهية وهي ما به الشيء هو هو كماهية الانسان وهي حيوان ناطق انتهى قلت وفي نسخة

ولنا

لئلا ينفر من الاسلام (وسمي هذا الكتاب بها) أي بالاشربة (وهي جمع شراب) اسم لما هو حرام منه عند أهل الشرع لما فيه من بيان حكمها قال (الاشربة المحرمة أربعة الخ) الاشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلى واشتد والمراد بالاشتداد صلاحيته للاسكار وكلامه واضح وقوله (وقال بعض الناس) قيل يريد به مالكا والشافعي رحمهما الله

قال (المصنف سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها) أقول أي بيان حكم أنواعها ولعل ذلك تمهيد العذر لعنوانه الكتاب بصيغة الجمع يعني انما عنون بها لان فيه بيان أحكام أنواعها كما في البيوع أو لاضافة الكتاب الى الاعيان والفقه يبحث عن أفعال المكلفين فوجهه حينئذ أن الحكم وهو الحرمة هنا وصف للاعيان لا للافعال فلذلك عنون بالاعيان ويعلم منه حال الافعال والتفصيل في كتب الاصول خصوصا التلويح في أوائل القسم الثاني (قال المصنف وهو النيء من ماء العنب) أقول ذكر الضمير الراجع الى الخمر باعتبار الخبر أو لان الخمر قد يذكر صرح به في القاموس

ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية

ما ثمها ههنا ايهام لطيف لما في قوله وهي النيء من ماء العنب تبصر تقف (قوله ولنا أنه اسم خاص باطباق أهل اللغة فيما ذكرناه) أقول للمانع أن يمنع اطباق أهل اللغة على أنه اسم خاص للنيء من ماء العنب اذا صار مسكرا ألا يرى أنه قال في قاموس اللغة الخمر ما أسكر من عصير العنب أو عام وقال والعموم أصح لانها حرمت وما بالمدينة خمر عنب وما كان شرابهم الا البسر والتمر انتهى وهذا صريح في أن الخمر عند بعض أهل اللغة يعم ماء العنب وغيره وأن العموم أصح عند صاحب القاموس (قوله ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية) قال صاحب غاية البيان بيانه أن النيء المسكر من ماء العنب خمر قطعا وبقينا الثبوت ذلك بالاجماع فيترتب عليه الحرمة القطعية فأما سائر الاشربة ففي تسميتها خمرا شبهة لان فيها خلافا بين أهل العلم وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فكيف تترتب الحرمة الثابتة قطعا على ما فيه شبهة لان بالشبهة لا يثبت القطع واليقين انتهى أقول في هذا البيان خلل فانه جعل فيه مدار كون الحرمة في غير النيء المسكر من ماء العنب ظنية اختلاف العلماء في تسمية ذلك خمرا وليس بسديد اذ المصنف بصدد بيان بطلان ذلك الاختلاف واثبات أن غير النيء المسكر من ماء العنب لا يسمى خمرا فلو كان مدار ظنية حرمة غير ذلك اختلافهم في تسميته خمرا لزم المصادرة على المطلوب فكأنه قال الخمر هي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وغيره ليس بخمر كما زعمه بعض الناس لان حرمة الخمر قطعية وحرمة غير النيء من ماء العنب ظنية لانا خالفنا في كون غير ذلك خمرا وقلنا ان اسم الخمر مخصوص بالنيء من ماء العنب لا يطلق على غير ذلك فأورث خلافنا في ذلك شبهة في كونه خمرا فلم تكن حرمته قطعية وفي هذا مصادرة كما ترى وقال صاحب العناية في بيان هذا المقام يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني انتهى أقول وفيه أيضا خلل أما أولا فلما مر آنفا من استلزامه المصادرة على المطلوب فان الظاهر من قوله فان فيه اختلافا بين العلماء في مقابلة قوله وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف أن يكون مراده باختلاف العلماء في غير النيء من ماء العنب اختلافهم في كونه خمرا فيؤول الى ما ذكر في غاية البيان وأما ثانيا فلان قوله فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني كلام غير صحيح لا ارتباط بما قبله لان مدلول ما قبله أن غير النيء من ماء العنب مما وقعت فيه شبهة باختلاف العلماء في حقه فاللازم منه أن تكون حرمته ظنية فان أراد بقوله فتكون الحرمة قطعية فتكون حرمة غير النيء من ماء العنب قطعية لم يكن التفريع صحيحا قطعا وان أراد به فتكون حرمة الخمر قطعية لم يصح قوله والدليل عليها ظني اذ لا شك أن دليل حرمة الخمر قطعي كما أفصح عنه في صدر بيانه حيث قال يعني ان حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي فالحق في شرح كلام المصنف ههنا ما ذكره تاج الشريعة وصاحب الكفاية حيث قالا يعني فلا يصح أن يصرف تحريمها الا الى عين تثبت الحرمة في تلك العين قطعا وغير النيء ليس بتلك المثابة لمكان الاجتهاد فيه انتهى فانهما لم يريدا بالاجتهاد فيه الاجتهاد في تسميته خمرا حتى يلزم المصادرة على المطلوب بل أرادا به الاجتهاد في عدم حرمته كما أشار اليه المصنف فيما بعد حيث قال في العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه بعد بيان أنه حرام عندنا وقال الاوزاعي انه مباح وقال في نقيع التمر بعد بيان أنه حرام وقال شريك بن عبد الله انه مباح وقال في نقيع الزبيب بعد بيان أنه حرام اذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي ثم ان بعض الفضلاء طعن في هذا التعليل المذكور من قبلنا حيث قال لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحله بقطعية (قوله وما يدل عليها ظني) أقول الواو للحال

اذا صار مسكرا غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف وقوله (ولان حرمة الخمر قطعية) يعني أن حرمة الخمر ثابتة بالاجماع فتكون قطعية وما هو قطعي لا يثبت الا بقطعي وكون النيء من ماء العنب خمرا قطعي بلا خلاف فيثبت به بخلاف غيره فان فيه اختلافا بين العلماء رحمهم الله وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية وما يدل عليها ظني

(قال المصنف ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيره ظنية) أقول هذا التعليل ينبغي أن يكون لابي حنيفة والا فعندهما اذا اشتد ولم يقذف بالزبد هو خمر مع أنها ظنية لثبوت الاختلاف المورث للشبهة فينتقض تعليلها لو علالاه به فليتأمل (قوله وأدنى درجات الاختلاف ايراث الشبهة فتكون الحرمة قطعية) أقول لا يقول الخصم بقطعية حرمة غير النيء ألا يرى أنهم لا يكفرون مستحله فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحفن بالحفن متفاضلا مثلا ليست

وانما سمي خمراً لتخمره لا لمخامرته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصاً فيه فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله

فلا يتوجه عليهم الالزام وهذا كالربا فان حرمته قطعية وحرمة بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا مثلا ليست بقطعية انتهى أقول ليس هذا بشيء لان عدم قول الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب لا ينافي توجه الالزام عليهم بل بذلك يتوجه الالزام عليهم لان حرمة الخمر قطعية بلا ريب لما سيأتي في الكتاب أن الله سبحانه وتعالى سمى الخمر في كتابه الكريم رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبي صلى الله عليه وسلم حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة وما ثبت بهذه الادلة القطعية قطعي جزما فاذا لم يقل الخصم بقطعية حرمة غير النيء من ماء العنب تعين أن لا يكون غير النيء خمرا اذ لا شك أن قطعية الحرمة وعدم قطعيتها لا يجتمعان في محل واحد فقد توجه عليهم الالزام في قولهم ان كل مسكر خمر وتنظيره الذي ذكره بقوله وهذا كالربا الى آخره لا يجدي شيأ لان علة الربا عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان ففي بيع الحفنة بالحفنتين متفاضلا لا يوجد الربا عندنا لعدم وجود علته فلا يحرم ذلك البيع وأما عند الشافعي فيوجد فيه الربا لوجود علته فيحرم فيكون حرمة الربا قطعية بصريحة على الشافعي هناك أيضا مثل ما قلناه ههنا فلا فائدة في التنظير أصلا (قوله وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل) قال بعض الفضلاء ولك أن تقول هذا منع لا يضر انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لا نسلم أولا أن هذا منع بل يجوز أن يكون معارضة يعني انما سمي خمرا لتخمره أي لتشدده وقوته وهذا المعنى لم يوجد في غير النيء من ماء العنب فلم يكن غيره خمرا ويشير اليه تفسير تاج الشريعة وصاحب الكفاية ههنا حيث قالا أي لتشدده وقوته فان لها شدة وقوة ليست لغيرها حتى سميت أم الخبائث انتهى ولئن سلم أن ذلك منع لا معارضة فلا وجه لقوله لا يضر فان المقصود بهذا الكلام انما هو الجواب عن استدلال الخصم على كون الخمر اسما لكل مسكر بقوله ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر فانه اذا منع قوله لانه مشتق من مخامرة العقل تسقط هذه المقدمة من الاستدلال المذكور فلا يتم دليل الخصم علينا وهو عين الضرر له ثم ان صاحب العناية قال في شرح كلام المصنف هذا وقوله وانما سمي يعني غير النيء من ماء العنب خمرا لتخمره أي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل انتهى أقول هذا شرح فاسد لا يطابق المشروح أصلا اذ حينئذ لا يظهر الجواب عن قولهم المذكور ولا يرتبط به قول المصنف فيما بعد على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه ولعمري ان هذا الشرح عجيب من مثل ذلك الشارح وكان لنا أن نحمل كلمة غير في قوله يعني غير النيء على السهو من قلم الناسخ الاول لولا قوله كالخمر في قوله أي لصيرورته مرا كالخمر فان التشبيه بالخمر يقتضي أن يكون المشبه غير الخمر وهو غير النيء من ماء العنب والصواب في شرح هذا المقام أن يقال يعني انما سمي النيء من ماء العنب خمرا لتخمره أي لتغيره واشتداده وهذا المعنى غير موجود في غيره فلم يكن خمرا لا لمخامرته العقل أي ليست التسمية لمخامرته العقل أي ستره العقل حتى يوجد وجه التسمية في غير النيء من ماء العنب أيضا فيكون خمرا فحينئذ ينتظم الارتباط بالسباق واللحاق كما لا يخفى وقال جماعة من الشراح في تفسير قول المصنف لتخمره أي لصيرورته خمرا أقول هذا تفسير خال عن التحصيل مؤد الى تعليل الشيء بنفسه كما يشهد به التأمل الصادق (قوله فان النجم مشتق من النجوم وهو الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف

وقوله (وانما سمي) يعني غير النيء (خمرا لتخمره) أي لصيرورته مرا كالخمر لا لمخامرته جواب عن قولهم سمي خمرا لمخامرته العقل
ولئن سلمنا انه مشتق منها لكن لا ينافي اختصاصه بالنيء من ماء العنب لجواز أن يكون المشتق مخصوصا

فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا وكالقارورة مشتق من القرار ولا يستعمل في الكوز وان وجد فيه القرار وأنظاره كثيرة وقوله (والحديث الاول) يريد به كل مسكر خمر روى عن يحيى بن معين رحمه الله أنه قال الاحاديث الثلاثة ليست بثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدها قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل والثاني من مس ذكره فليتوضأ والثالث كل مسكر خمر وكان يحيى ابن معين اماما حافظا متقنا حتى قال أحمد بن حنبل رحمه الله كل حديث

(قوله وانما سمي يعني غير النيء خمرا لتخمره الخ) أقول فيه بحث فانه حينئذ لا يرتبط الجواب بالمجاب عنه لان تقرير كلامهم فيه كلما كانت الخمر مشتقة من المخامرة فكل ما يوجد فيه معنى المخامرة فهو خمر لكن المقدم حق والتالي مثله فليتأمل (قال المصنف وانما سمي خمرا لتخمره) أقول ولك أن تقول هذا منع لا يضر (قال المصنف فان النجم مشتق من الظهور) أقول أي من النجوم الذي بمعنى الظهور ففي كلامه مسامحة (قال المصنف والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين) أقول مع انه يمكن أن يجاب عنه بما أجيب به الحديث الثاني

والثاني

والثانى أريدبه بيان الحكم اذهو اللائق بمنصب الرسالة والثانى فى حق ثبوت هذا الاسم وهذا الذى ذكره فى الكتاب قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد

لا لكل ماظهر) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل فان النجم مشتق من نجم اذا ظهر ثم هو خاص بالثريا انتهى وتبعه العينى أقول هذا شرح غير صحيح لا يطابق المشروح لان النجم انما كان اسما خاصا لجنس الكوكب موضوعا له لظهوره ثم صار علما للثريا بلا وضع واضع معين بل لاجل الغلبة وكثرة استعماله فى فرد من أفراد جنسه كما هو حال سائر الاعلام الغالبة على ماتقرر فى موضعه والظاهر أن مراد المصنف بقوله ثم هو اسم خاص للنجم المعروف أنه اسم خاص للظاهر المخصوص وهو جنس الكوكب لا أنه علم خاص لشخص معين من أفراد جنس الكوكب وهو الثريا لان معنى الظهور انما لوحظ فى مرتبة كون النجم اسما موضوعا لجنس الكوكب لا فى مرتبة كونه علما لشخص معين من ذلك الجنس وهو الثريا فان كونه علما له انما كان بمجرد الغلبة وكثرة الاستعمال فيه لا لملاحظة معنى فيه ولهذا يقال للاعلام الغالبة أعلام اتفاقية وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة بالعلوم الادبية وكأن صاحب العناية انما اغتر بلفظ المعروف فى قول المصنف اسم خاص للنجم المعروف الا أن مراده بالنجم المعروف الجنس المخصوص المعروف باطلاق لفظ النجم عليه من بين ماوجد فيه معنى الظهور مطلقا وهو جنس الكوكب تأمل ترشد (قوله والثانى أريدبه بيان الحكم) قال فى غاية البيان والعناية يعنى اذا أسكر كثيره كان حكمه فى الاسكار حكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد انتهى أقول فيه بحث لان حاصله تفسير الحكم فى قوله والثانى أريد به بيان الحكم بالحرمة وثبوت الحد عند اسكار كثيره وليس بتام لان قوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين يفيد الحصر كقوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش على ماتقرر فى موضعه فلو كان المراد منه بيان الحكم بالمعنى المذكور فى ذينك الشرحين لزم أن لا يصح الحصر والتخصيص بهاتين الشجرتين مشيرا بهما الى الكرمة والنخلة لان المعنى المذكور فيهما وهو الحرمة وثبوت الحد عند اسكار الكثير يتحقق فى غير تينك الشجرتين أيضا فان نبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير وان كان حلالا عند أبى حنيفة وأبى يوسف اذا لم يصل مرتبة الاسكار وكان من غير لهو وطرب الا أنه اذا أسكر كثيره صار حراما بالاجماع ويثبت به الحد على القول الاصح كما سيجئ فى الكتاب والحق أن المراد بالحكم الذى أريد بيانه بالحديث الثانى هو حرمة قليله وكثيره وهذا المعنى لا يتحقق فى المتخذ من غير تينك الشجرتين فيصح الحصر المستفاد من ذلك الحديث بلا غبار وعبارة صاحب الكافى فى تفسير المراد بالحكم ههنا وان لم تكن صريحة فى حرمة القليل والكثير معا الا أنها باجمالها لا تنافيها بل تساعدها حيث قال والمراد بالثانى بيان الحكم وهو الحرمة لا بيان الحقيقة واقتفى أثره تاج الشريعة وصاحب الكفاية (قوله لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد) أقول فيه نظر لان قوله لان الاسم يثبت به مصادرة على المطلوب لان مدعاهما ثبوت هذا الاسم بمجرد الاشتداد بدون اشتراط القذف بالزبد ولا يسلمه أبو حنيفة رحمه الله بل يقول باشتراط القذف بالزبد فتعليل مدعاهما بثبوت هذا الاسم بالاشتداد تعليل الشئ بنفسه وقوله وكذا المعنى المحرم وهو المؤثر فى الفساد بالاشتداد يشعر بكون حرمة الخمر معلولة وهذا ينافى ماصرح به فيما بعد من أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه وقد شرح الشارح الكاكى قول المصنف هذا بما هو أظهر فى المنافاة حيث قال وكذا المعنى المحرم وهو الاسكار يحصل بالاشتداد وهو المؤثر فى الفساد أى الاسكار مؤثر فى ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى انتهى اذ لا يخفى أن هذا انما يلائم قول من قال انها

لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث وقوله (والثانى) يريد به الخمر من هاتين الشجرتين (أريد به بيان الحكم) يعنى اذا أسكر كثيره كان حكمه فى الاسكار حكم الخمر فى الحرمة وثبوت الحد اذ هو اللائق بمنصب الرسالة لكونه مبعوثا لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق

(قال المصنف وعندهما اذا اشتد) أقول يعنى ثبت الاسم به اذا اشتد والمراد الاسم الشرعى (قال المصنف لان الاسم يثبت به) أقول أى بالاشتداد لكن أبا حنيفة رحمه الله تعالى يمنع هذه المقدمة ان كان المراد الاسم الشرعى وكيف لا وفيه المصادرة وان كان اللغوى يمنع الاستلزام أى استلزام ثبوت اللغوى ثبوت الشرعى

وقوله (وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا) يعنى وفى الحد يؤخذ بقذف الزبد احتياطا أيضا وقوله (وهذا) أى انكار حرمة عينها (كفر) من المنكر وان كان قليلا لحرمة السكر منه (لانه جحود الكتاب) يعنى قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله تعالى فهل أنتم منتهون وقد ذكرنا دلالته على ذلك فى الاشراق شرح مشارق الانوار على أحسن ما يكون فليطلب منه ثمة وقوله (وقد جاءت السنة متواترة) معناه جاء (١٥٦) عن النبى صلى الله عليه وسلم فى الخمر أحاديث كلها تدل على حرمة الخمر وكل واحد منها ان لم يبلغ حد التواتر فالقدر المشترك منها متواتر كشجاعة على رضى الله عنه وجود حاتم ويسمى هذا التواتر بالمعنى وقوله (وهذا من خواص الخمر) يعنى دعاء القليل الى الكثير قال فى المبسوط ما من طعام وشراب الا ولذته فى الابتداء ولا يزيد على اللذة فى الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها وقوله (لانه خلاف السنة المشهورة) يعنى ما روى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل بمعنى المخامرة لتعدية اسمها الى غيرها

ولابى حنيفة رحمه الله أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه تعالى سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة أن النبى عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعى رحمه الله يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليله لتعدية الاسم والتعليل فى الاحكام لا فى الاسماء

معلولة بالسكر كما ذكره المصنف فيما بعد بقوله ومن الناس من أنكر حرمة عينها وقال السكر منه حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى فتأمل (قوله ولابى حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافى من الكدر وأحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع) أقول لقائل أن يقول الكلام فى هذا الموضع فى حد ثبوت اسم الخمر لا فى حد ترتب الاحكام الشرعية عليه فيجوز أن يثبت اسم الخمر فى بداية الشدة ويشترط ترتب الاحكام الشرعية عليه بكمالها فلا يتم التقريب ويمكن أن يقال الكلام ههنا فى حد ثبوت اسم الخمر فى الشرع لا فى حد ثبوته فى اللغة فقط فاذا ثبت اسمها الشرعى يلزم أن يترتب عليها الاحكام الشرعية بلا تراخ فيه فيتم التقريب تدبر (قوله والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) قال بعض الفضلاء فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم انتهى أقول ليس هذا بشئ لان السكر لازم الاسكار ومطاوعه فلا يفترقان فى التحقيق فالتعليل باحدهما يؤدى الى التعليل بالآخر ومجرد الفرق بينهما فى المفهوم لا يجدى شيأ فقهيا ههنا كما لا يخفى كيف ولا شك أن مراد المصنف بيان كون حرمتها لعينها غير معلولة بشئ ما أصلا لا أنها غير معلولة بالسكر ولكنها معلولة بشئ آخر كالاسكار لان ما ذكره فيما بعد من لزوم الكفر وجحود كتاب الله تعالى انما يترتب على ادعاء كونها معلولة بما ينافى كونها محرمة العين مطلقا لا على ادعاء كونها معلولة بالسكر فقط وانما قال غير معلول بالسكر لكون الواقع فى كلام المنكر هذه العبارة تبصر تفهم (قوله والشافعى يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة) قال تاج الشريعة وهى ما روى ابن عباس من قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وقالوا ولما كانت حرمتها لعينها لا يصح التعليل لان التعليل حينئذ يكون مخالفا للنص انتهى أقول لقائل أن يقول ان كان تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها يلزم من تعليلها وتعديتها الى سائر المسكرات المخالفة لكتاب الله تعالى أيضا فانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين كما مر والسنة المتواترة واجماع الامة أيضا على ما مر من

(قال المصنف ولابى حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد الخ) أقول فعلى هذا يكون تعريف الخمر بالنئ من ماء العنب اذا صار مسكرا تعريفا بالاعم عند أبى حنيفة ويقال المطلق ينصرف الى الكامل وكمال الاسكار بقذف الزبد فالمراد بالمسكر عنده هو الكامل فى الاسكار يفهم ذلك من تقرير دليله (قال المصنف والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر) أقول فرق ما بين السكر والاسكار فلا يخالف هذا القول لما مر من قوله وكذا المعنى المحرم (قوله قد ذكرنا دلالته على ذلك فى الاشراق شرح مشارق الانوار) أقول وفى شرح حديث ان الله حرم الخمر الخ (قال المصنف والشافعى يعديه اليها) أقول أنث الضمير الراجع الى سائر لاكتسابه التأنيث من المضاف اليه (قال المصنف والتعليل فى الاحكام لا فى الاسماء) أقول فان قيل الشافعى أيضا يعدى الحكم كما اعترف به المصنف آنفا فما وجه هذا الكلام قلنا انما يعدى الحكم بواسطة تعدية الاسم فليتأمل

والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا والخامس أنه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والاصح أنه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه ولا للمديون أن يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحد شاربها وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه الا أن حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وتقديره ذكرناه في الحدود والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه

قيل وذلك يؤدي الى جحود تلك الادلة القطعية وحاشى للشافعي من ذلك وان لم يكن تعليلها وتعديتها الى غيرها منافيا لحرمة عينها بل كانت حرمة عينها ثابتة بتلك الادلة القطعية وحرمة عين غيرها ثابتة بتعديته حرمة عينها الى حرمة عين غيرها بطريق القياس لم يتم القول بأنه خلاف السنة المشهورة لان مدلول السنة المشهورة انما هو حرمة عين الخمر والفرض أن تعديتها الى غيرها لا ينافي حرمة عينها ثم أقول الحق عندي ههنا أن تعليلها بالاسكار ينافي حرمة عينها لان قليلها ليس بمسكر فيلزم أن لا يكون قليلها حراما على مقتضى التعليل بالاسكار ويلزم منه أن لا يكون عينها حراما لكن الشافعي لم يقل بتعليلها بالاسكار وأما تعليلها بما هو غير منفك عن عينها بل هو لازم لها كالمخامرة ونحوها فالظاهر أنه لا ينافي حرمة عينها والشافعي انما قال بتعليلها بالمخامرة فعدى حكمها الى غيرها من المسكرات حتى أوجب الحد بشرب قطرة من الباذق قياسا على الخمر كما صرح به في الكافي والشروح فمن أين يلزمه المخالفة للسنة المشهورة (قوله والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بينا) أقول فيه شيء وهو أن الثابت بالدلائل القطعية على ما بينه فيما مر آنفا انما هو حرمتها فان استلزمت حرمتها القطعية كونها نجسة نجاسة غليظة فما معنى جعل كونها نجسة نجاسة غليظة موضعا رابعا مما يحويه عنه بالاصالة وان لم تستلزمه فما معنى الحوالة على تلك الدلائل المارة نعم واحد من تلك الدلائل وهو كتاب الله تعالى يدل صراحة على كونها نجسة فانه سماها رجسا والرجس هو القذر على ما نص عليه في عامة كتب اللغة الا أنه يبقى الكلام في صيغة الجمع في قوله لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه فالاولى ههنا تحرير صاحب الكافي حيث قال وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي انتهى (قوله والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بالسرقين فانه نجس العين مع أنه مال متقوم يجوز بيعه عندنا كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية حيث قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة انتهى فتأمل (قوله والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام) أقول انتقاض هذا التعليل

وقوله (حتى لا يضمن متلفها) لا يدل على اباحة اتلافها وقد اختلفوا فيها فقيل يباح وقيل لا يباح الا لغرض صحيح بأن كانت عند شريب خيف عليه الشرب وأما اذا كانت عند صالح فلا يباح لانه يخللها وقوله (والسابع حرمة الانتفاع بها) يريد التداوي بالاحتقان وسقي الدواب والاقطار في الاحليل وقوله (الا أن حكم القتل قد انتسخ) يعني بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث الحديث

وقوله (على ما قالوا) قال شيخ الاسلام خواهر زاده رحمه الله لم يذكر محمد أنه اذا شرب

على ما قالوا لان الحد بالقليل في النئ خاصة لما ذكرنا وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر وأما العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به

بالسرقين أظهر مما مر آنفا فتدبر (قوله وأما العصير اذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى الباذق) قال في القاموس الباذق بكسر الذال وفتحها ما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فصار شديدا وقال في المغرب الباذق من عصير العنب ما طبخ أدنى طبخة فصار شديدا وقال في الفائق هو تعريب باذه وهو الخمر ونقل صاحب النهاية ما في المغرب وما في الفائق ولم يتكلم على شئ منهما بشئ أقول فيما ذكر في الفائق نظر لان الخمر على ما مر هي النئ من ماء العنب اذا صار مسكرا والمطبوخ ليس بنئ قطعا والباذق اسم لما طبخ من عصير العنب أدنى طبخة فليس بخمر لا محالة ولهذا قال المصنف وأما العصير اذا طبخ في مقابلة قوله وأما الخمر فكيف يتصور أن يكون الباذق تعريب باذه بمعنى الخمر اللهم الا أن يكون ما ذكر في الفائق مبنيا على ما قاله بعض الناس من أن الخمر اسم لكل مسكر لا على ما هو المحقق عندنا من كونها اسما خاصا للنئ من ماء العنب اذا أسكر (قوله والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ) قال في غاية البيان قوله والمنصف يجوز أن يكون بالنصب وهو الاوجه عطفا على قوله الباذق أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا والدليل على هذا أن أبا الليث فسر في شرح الجامع الصغير الذاهب أقل من ثلثيه بالمنصف وأيضا انه قد حصر الاشربة المحرمة على أربعة وهي الخمر والعصير الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان المنصف غير الباذق الذي هو المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز أن يكون المنصف بالرفع لانه نوع من الذاهب أقل من الثلثين لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره ولهذا جعل شيخ الاسلام خواهر زاده الباذق قسما والمنصف قسما انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل مضمون ما في غاية البيان والاول أوجه معنى وهذا أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا انتهى أقول لعل الاول لا وجه له أصلا فضلا عن أن يكون أوجه فانه يصير معنى كلام المصنف على ذلك التقدير العصير الذي طبخ أدنى طبخة يسمى باسمين أحدهما الباذق والآخر المنصف وهذا يقتضي أن يكون الباذق والمنصف متحدين في المعنى وهو العصير المطبوخ أدنى طبخة مع أن تحرير المصنف ينافي ذلك أما أولا فلانه فسر المنصف بقوله وهو ما ذهب نصفه بالطبخ ولا يخفى أن هذا أخص من العصير المطبوخ أدنى طبخة لتناول ذلك ما ذهب أقل من نصفه بالطبخ فكيف يتصور الاتحاد في المعنى وأما ثانيا فلانه قال فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد الخ ولا يخفى أن لفظ كل يقتضي التعدد بحسب المعنى لا بحسب الاسم فقط فالحق أن قول المصنف والمنصف مرفوع لا غير فهو معطوف على المطبوخ في قوله وهو المطبوخ أدنى طبخة والمعنى أن العصير المطبوخ الذاهب أقل من ثلثيه على قسمين أحدهما المطبوخ أدنى طبخة المسمى بالباذق والآخر المنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل واحد منهما حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف بالزبد أو اذا اشتد على الاختلاف وأما حديث ان المنصف لو كان غير الباذق لكانت الاشربة المحرمة خمسة وقد حصروها في الاربعة فعلى طرف الثمام لان الاربعة التي حصروا الاشربة المحرمة فيها انما هي أصول الاشربة المحرمة وأقسامها الاولية والباذق والمنصف ليسا كذلك بل انما هما قسمان من أحد تلك الاصول والاقسام الاولية وهو الطلاء العام للباذق والمنصف ثم ان بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية وهذا أوجه

وأما

بعد الطبخ ولم يسكر هل يجب عليه الحد ثم قال ويجب أن لا يجب عليه الحد لانه ليس بخمر لغة فان الخمر لغة هو النئ من ماء العنب وهذا ليس بنئ وقوله (والمنصف) قيل يجوز أن يكون منصوبا عطفا على قوله الباذق أي يسمى العصير الذاهب أقل من ثلثيه الباذق ويسمى المنصف أيضا لانه قال الاشربة المحرمة أربعة وهي الخمر والعصير الذاهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر ونقيع الزبيب فلو كان الباذق غير المنصف لكانت الاشربة المحرمة خمسة ويجوز أن يكون مرفوعا لانه نوع من الذاهب أقل من ثلثيه لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره والاول أوجه معنى وهذا أوجه لفظا لانه لو كان منصوبا لقال أيضا

(قوله لكانت الاشربة المحرمة خمسة) أقول كيف تكون خمسة وكل منهما من أقسام المسمى بالطلاء (قوله لانه أعم من أن يكون منصفا أو غيره) أقول فيندفع لزوم كونها خمسة (قوله لانه لو كان منصوبا لقال أيضا) أقول فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا

وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلى ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية

لفظا لانه لو كان منصوبا بالقال أيضا حيث قال فيه بحث فان المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف فكيف يكون المقام مقام قوله أيضا انتهى أقول هذا ساقط جدا لان كون المسمى بالباذق غير المسمى بالمنصف انما يتصور على تقدير أن يكون قوله والمنصف مرفوعا وأما على تقدير أن يكون منصوبا كما هو محل كلام صاحب العناية فلا مجال لان يكون المسمى بأحدهما غير المسمى بالآخر بل مقتضى معنى التركيب على ذلك التقدير انما هو تعدد الاسم دون المسمى كما لا يخفى على من له دراية بقواعد العربية ثم أقول يمكن أن يناقش في قول صاحب العناية لانه لو كان منصوبا بالقال أيضا بوجه آخر وهو أن الواو العاطفة في قوله والمنصف على تقدير أن يكون منصوبا معطوفا على الباذق تغني غناء كلمة أيضا فلا نسلم أنه لو كان منصوبا بالقال أيضا (قوله وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أي الرطب) قال صاحب الغاية وتفسير صاحب الهداية التمر بالرطب فيه نظر لان التمر اذا نقع في الماء يسمى نقيعا فلا حاجة الى أن ينقع الرطب لا محالة حتى يسمى نقيعا وقياس كلامه هنا أن يقول في نقيع الزبيب أي نقيع العنب وليس بقوي انتهى وقال جمهور الشراح دفعا لذلك النظر وانما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء انتهى أقول فيما قاله جمهور الشراح أيضا نظر لان الذي كان اسمه نبيذ التمر وكان حلالا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انما هو ما اتخذ من التمر وطبخ أدنى طبخة كما صرح به في عامة المعتبرات وسيجيء في الكتاب في قوله وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام انتهى والذي ذكره ههنا انما هو نقيع التمر اذا لم يطبخ كما أفصح عنه بقوله وهو النيء من ماء التمر وهو المسمى بالسكر لا غير ولا شك أنه ليس بحلال عند أئمتنا أصلا فلا حاجة الى تفسير التمر بالرطب (قوله فهو حرام مكروه) قال عامة الشراح أردف الحرام بالكراهة اشارة الى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلانه لو كان مقصود المصنف بارداف الحرام بالمكروه الاشارة الى ما ذكروه لأردفه بذلك في كل واحد من الاقسام الثلاثة المذكورة بعد الخمر اذ ليست حرمة شيء منها كحرمة الخمر ولو اكتفى باردافه بذلك في واحد من تلك الاقسام لكان القسم المذكور عقيب الخمر أحق بذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلان المصنف سيصرح بان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر فلا حاجة الى الاشارة الى ذلك ههنا (قوله وقيل أراد به التوبيخ) معناه والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا) قال الشراح أي أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتتركون رزقا حسنا أقول فيه اشكال لانهم صرحوا عند شرح قول المصنف والآية محمولة على الابتداء بان الآية مكية وتحريم الخمر وقع بالمدينة فكيف يتصور أن يكون معنى الآية قبل تحريم الخمر تتخذون منه سكرا حراما والخمر وقتئذ سالم يوصف بالحرمة فأين السكر الحرام فليتأمل (قوله الا أن حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية)

وقوله (وهو النيء من ماء التمر أي الرطب) انما فسر التمر بالرطب لان المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر وهو حلال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله على ما سيجيء وقوله (فهو حرام مكروه) أردف الحرام بالكراهة اشارة الى أن حرمته ليست كحرمة الخمر لان مستحل الخمر يكفر ومستحل غيرها لا يكفر وقوله (ويدل عليه ما رويناه من قبل) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة وقوله (والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة) لانها مكية وحرم الخمر بالمدينة وهذا على تقدير أن يكون المراد بالآية الامتنان كما قال الخصم وقيل أراد به التوبيخ ومعناه أنتم لسفاهتكم تتخذون منه سكرا حراما وتدعون رزقا حسنا وقوله (وقد بينا المعنى من قبل) يريد به قوله ولنا أنه رقيق ملذ مطرب الخ

(قوله انما فسر التمر بالرطب الخ) أقول رد على الاتقاني وفيه نظر (قوله لا السكر وهو حلال الخ) أقول في المغرب السكر بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد وفي الطلبة السكر بفتح السين والكاف هو النيء من ماء التمر وقال في ديوان الادب هو خمر التمر انتهى فالتمر بمعنى الرطب فيه أيضا

ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين (وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به) قالوا هذا الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد أنه حرام ويحد شاربه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة (وقال فيه أيضا وكان أبو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه ثم رجع الى قول أبي حنيفة) وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا أنه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وأبو يوسف رجع الى قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا (وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير

أقول لقائل أن يقول من هذه الاشربة نقيع التمر وهو السكر وقد قال في اثبات حرمته ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وقد تقرر في علم الاصول أن اجماع الامة سيما اجماع الصحابة دليل قطعي يكفر جاحده فكيف يتم القول ههنا بان حرمة هذه الاشربة لا يكفر مستحلها لكون حرمتها اجتهادية لا قطعية ويمكن أن يجاب عنه بان نقل الاجماع قد لا يكون بالتواتر فلا يفيد مثل ذلك الاجماع القطع لعدم القطع في طريق نقله الينا كما تقرر هذا أيضا في علم الاصول فيجوز أن يكون الاجماع المنقول في حق حرمة السكر من ذلك القبيل ويكون هذا باعثا على وقوع الاجتهاد في خلافه (قوله لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر) أقول فيه نظر أما أولا فلانهم صرحوا بأن معنى تقوم المال اباحة الانتفاع به شرعا وسيجيء التصريح عن قريب بأن هذه الاشربة مما لا ينتفع بها بوجه من الوجوه فكيف يتصور التقوم فيها وأما ثانيا فلان الدلالة القطعية انما تعتبر في حق وجوب الاعتقاد دون وجوب العمل ألا ترى أن خبر الواحد من السنة يوجب العمل ولا يوجب علم اليقين بل يوجب غلبة الظن على المذهب الصحيح المختار عند الجمهور كما تقرر في علم الاصول وما نحن فيه من العمليات فينبغي أن يكتفى فيه بمجرد غلبة الظن كيف لا وقد اكتفى به في الحكم بحرمة هذه الاشربة اذ هي أيضا اجتهادية لا قطعية كما صرح به آنفا (قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة) أقول في التعليل بحث اذ لا يلزم من حرمة تناول الشيء عدم الانتفاع به ألا يرى أن السرقين نجس العين محرم التناول قطعا مع أنه مما ينتفع به حيث يلقى في الاراضي لاستكثار الريع ولهذا يجوز بيعه كما مر في فصل البيع من كتاب الكراهية وكذا الدهن النجس على ما صرح بجوابه وقد مر هنا غير مرة نظير هذا الكلام في هذا الكتاب فتدبر (قوله وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين) أقول لا يذهب عليك أن حق هذه الرواية أن تذكر

(وقوله غير أن عنده) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله (يجب قيمتها لا مثلها) كما اذا أتلف المسلم خمر الذمي على ما عرف أن المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام وأورد رواية الجامع الصغير وهي قوله ما سوى ذلك من الاشربة أي ما سوى المذكور وهو الخمر والسكر ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لبيان أن العموم المذكور في الجامع الصغير لا يوجد في غيره وقوله (وقال فيه) يعني في الجامع الصغير

(قال المصنف ويجوز بيعها ويضمن متلفها الخ) أقول المراد بالجواز ما يترتب عليه الثمرات المطلوبة لا ما يقابل الحرمة (قال المصنف وما شهدت له دلالة قطعية) أقول فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف غير أن عنده يجب قيمتها لا مثلها) أقول لا يقال ينبغي أن يجب المثل بدليل جواز البيع لانا نقول البيع يجوز مع الكراهة فلو أوجبنا المثل لكان مأمورا باتيان فعل مكروه وهو تسليم الحرام وهذا لا يجوز ومع ذلك لو أدى المثل يخرج عن العهدة أيضا تأمل قال العلامة الكاكي ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مأمورا باعطاء المثل حتى لو أعطى يخرج عن العهدة الا أنه مكروه انتهى وفيه بحث الا أن يؤول يجب بمعنى ينبغي (قوله ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام) أقول فينبغي أن لا يجوز بيعها لكن المراد بالجواز في قوله ويجوز بيعها ليس ما يقابل الحرمة بل هو ترتب الثمرات المطلوبة كما في البيع المكروه (قوله لبيان أن العموم المذكور الخ) أقول تعليل لقوله وأورد رواية الجامع الصغير الخ

لهو ولا طرب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي ونذكره ان شاء الله تعالى قال (ولا بأس بالخليطين) لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدي الى منزلي فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا لان المروى عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روى أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال (ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين وأشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما اوالمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد

قيل قوله ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها من شعب جواز بيع هذه الاشربة وقوله ولا ينتفع بها الى آخره مسئلة مستقلة دخلت في البين كما ترى (قوله ولا بأس بالخليطين لما روى عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي الى أهلي فغدوت اليه من الغد وأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب) وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به انه كان يسقي غيره مالا يشربه أو يشرب ما كان حراما كذا في الكافي والشروح أقول ههنا كلام من وجهين أحدهما أن تقليد الصحابي فيما لم يعلم اتفاق سائر الصحابة عليه ولا خلافهم فيه ولم تكن الحادثة مما لا يدرك بالقياس لا يجب على القول المختار كما عرف في علم الاصول والظاهر أن ما نحن فيه من ذلك القبيل فكيف يصلح أن يكون فعل ابن عمر أو قوله في الرواية المزبورة دليلا على حل الخليطين وثانيهما ان قول ابن زياد ما كدت أهتدي الى أهلي يشعر باسكار الشربة التي سقاه ابن عمر اياها والسكر من كل شراب حرام بالاتفاق فكيف يستدل بذلك على الحل ويمكن أن يجاب عن الثاني بوجهين أحدهما ما أشار اليه تاج الشريعة بقوله وانما قال ما كدت أهتدي الى أهلي على سبيل المبالغة في بيان التأثير فيه لا حقيقة السكر فان ذلك لا يحل انتهى وثانيهما ان وجه الاستدلال مجرد أن يسقي ابن عمر ابن زياد تلك الشربة فانها لو كانت حراما لما أقدم ابن عمر مع كمال زهده وفقهه على أن يسقيه اياها وأما تأثيرها في الشارب بعد أن شربها بحيث يصل الى مرتبة الاسكار فليس له حد مقدر اذ هو يختلف باختلاف الطباع والاوقات وللشارب أن يحترز عنه مهما أمكن فان وصل الى تلك المرتبة في الرواية المذكورة فانما هو في الغفلة والعهدة في ذلك على الشارب لا الساقي تأمل تفهم (قوله وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيفما كان) أقول هذا التعليل منظور فيه لان مجرد أن لا يدعو قليله الى كثيره لا يقتضي أن لا يشترط الطبخ فيه لاباحته ألا ترى أن نبيذ التمر والزبيب مما يشترط الطبخ فيه لاباحته بلا اختلاف مع أن قليل ذلك أيضا لا يدعو الى كثيره كيفما كان فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به فيما مر والاظهر في التعليل ههنا ما ذكر في غاية البيان حيث قال فيها وفي رواية لا يشترط لان حال هذه الاشربة دون نقيع التمر والزبيب فان نقيع التمر والزبيب اتخذ مما هو أصل للخمر شرعا فان أصل الخمر شرعا التمر والعنب على ما قال النبي صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين وقد شرط أدنى طبخة في نقيع الزبيب والتمر فيجب أن لا يشترط أدنى طبخة في هذه الاشربة ليظهر نقصان هذه الاشربة عن نقيع التمر والزبيب انتهى (قوله وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد) أقول قد مرت هذه المسئلة مرة أثناء بيان مسئلة الجامع الصغير فيما قبل حيث قال وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد

قال (ولا بأس بالخليطين) الخليطان ماء التمر والزبيب اذا خلطا فطبخا بعد ذلك أدنى طبخة ويترك الى أن يغلي ويشتد والعجوة التمر الذي يغيب فيه الضرس لجودته وقوله (محمول على الشدة وكان ذلك في الابتداء) يعني أن النهي عن الجمع بين التمر والزبيب كان في الابتداء في وقت كان بين المسلمين ضيق وشدة في أمر الطعام لئلا يجمع بين الطعامين ويترك جاره جائعا بل يأكل أحدهما ويؤثر بالآخر على جاره ثم لما وسع الله على عباده النعم أباح الجمع بين النعمتين وقوله (قيل لا يحد) هو قول الفقيه أبي جعفر رحمه الله

وقدذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد فمين سكر من الاشربة أنه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه فى زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند أبى حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح أنه يحل لان كراهة لحمه لما فى اباحته من قطع مادة الجهاد أو لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال (وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه حلال وان اشتد) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد ومالك والشافعى حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوى أما اذا قصد به التلهى لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه أنه كره ذلك وعنه أنه توقف فيه لهم فى اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما أسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما أسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام

شاربه عنده وان سكر فالتعرض له مرة أخرى يشبه التكرار فلعل المقصود بالذات ههنا ذكر قوله قالوا والاصح أنه يحد وما قبله توطئة له نعم يتجه أن يقال لو ذكر أيضا هناك قوله قالوا والاصح أنه يحد لا يستغنى عن الاعادة ههنا بالكلية (قوله وقدذكرنا الوجه من قبل) قال صاحب الغاية هو اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقال و يجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعنى أن هذه الاشربة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر فلا جرم لا يحد السكران منها انتهى وقال صاحب الكفاية قوله وقدذكرنا الوجه من قبل الاشارة الى ما ذكر أن السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك انتهى واختار صاحب العناية ما ذكره صاحب الغاية أولا ونقل ما ذكره ثانيا بقيل ثم نقل ما ذكره صاحب الكفاية بقوله وقيل أقول يرد على الوجه الاول أن عدم دعاء القليل الى الكثير جار فيما سوى الخمر من الاشربة المحرمة فان دعاء القليل الى الكثير من خواص الخمر كما صرح به المصنف فيما مر حيث قال ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر انتهى مع انه اذا سكر مما سوى الخمر من الاشربة المحرمة يحد بلا خلاف فعلم انه لا تأثير لعدم دعاء القليل الى الكثير فى سقوط الحد عن السكران ويرد على الوجه الثانى أنه لو كان مراد المصنف ما يستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين لقال لما روينا كما هو عادته المستمرة فى الحوالة على ما مر من السنة ثم ان فى كون ذلك المعنى مستفادا من الحديث المذكور خفاء جدا فضلا عن أن يكون مذكورا هناك فأنى يتيسر الاشارة اليه ههنا بقوله وقدذكرنا الوجه من قبل فالوجه هو الوجه الثالث وان أخره صاحب العناية فى الذكر كما لا يخفى على من تأمل فى سياق كلام المصنف وراجع كلمات السلف كشيخ الاسلام وغيره فى هذه المسئلة (قوله قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد فمين سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل) أقول تحرير المصنف ههنا لا يخلو عن ركاكة اذ الظاهر أن مراده بقوله وهل يحد فى المتخذ من الحبوب اذا سكر انه هل يحد فى ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان المذكور فيما قبل انما هو قولهما والمصنف الآن بصدد التفريع على ذلك وتكميله فيستدعى هذا أن يكون مدار قوله قيل لا يحد وقوله قالوا والاصح انه يحد على قولهما فلا يناسب فى تعليل قوله والاصح انه يحد أن يقال فانه روى عن محمد فمين سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل فان محمدا يخالفهما فى أصل هذه المسئلة حيث لا يقول بحل المتخذ من الحبوب اذا اشتد وغلى فيجوز أن يقول بوجوب الحد اذا سكر منه وأما هما فقولان بحل ذلك كما تقدم آنفا فلا يكون المروى عن محمد حجة فى حقهما وعن هذا ترك صاحب الكافى هذا التعليل واكتفى بما ذكره المصنف بعده بقوله وهذا لان الفساق يجتمعون عليه الخ حيث قال وذكر فى الهداية ومبسوط شيخ الاسلام الاسبيجابى الاصح انه يحد لان الفساق يجتمعون فى زماننا على شربه كما يجتمعون على سائر الاشربة انتهى (قوله وعنه أنه كره ذلك)

وقوله (وقدذكرنا الوجه من قبل) اشارة الى قوله لان قليله لا يدعو الى كثيره وقيل ويجوز أن يكون اشارة الى المعنى المستفاد من قوله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين يعنى أن هذه الانبذة ليست بمتخذة مما هو أصل الخمر وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وباقى كلامه واضح وقوله (وعن محمد رحمه الله مثل قولهما) أى مثل قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله مذكور فى النوادر ولنا أى لعلمائنا الثلاثة على القول الموافق لمحمد وفى بعض النسخ ولهما أى لابى حنيفة وأبى يوسف

(قوله وقيل هو اشارة الى قوله بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك) أقول وعندى الثالث أقرب والاول أبعد أما لفظا فلمكان قوله من قبل وأما معنى فان علية وجوب الحد على السكران ليس دعاء القليل الى الكثير

ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة

أقول فيه ضرب اشكال وهو انه قد مر في أول كتاب الكراهية ان كل مكروه حرام عند محمد رحمه الله وقوله هنا وعنه أنه كره ذلك بعد أن صرح فيما قبل بانه حرام عند محمد ومالك والشافعي يقتضي المغايرة بين قول محمد بحرمته وبين قوله بكراهته فينافي ما تقرر في أوائل الكراهية فان قلت نعم ان كل مكروه حرام عند محمد ولكن بحرمة ظنية لا بحرمة قطعية فانه اذا لم يجد نصا قاطعا في حرمة شئ لم يطلق عليه لفظ الحرام بل يطلق عليه لفظ المكروه كما تقرر أيضا هنالك فيجوز أن يكون مدار رواية الحرمة ورواية الكراهة عنه فيما نحن فيه على قطعية الحرمة في احداهما وظنيتها في الاخرى فلا تنافي بين المقامين قلت لا مجال للقول بقطعية حرمة المثلث العنبي عند كون اجتهاد أبي حنيفة وأبي يوسف في حله لان قطعية حرمة الشئ تستلزم أن يكفر مستحلها وهذا لا يتصور فيما وقع فيه اجتهاد فضلا عما وقع فيه اجتهاد مثل أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعن هذا قالوا فيما سوى الخمر من الاشربة الثلاثة المحرمة عند أئمتنا أجمع وعند عامة العلماء ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها و يكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية كما مر من قبل في الكتاب مع أن اجتهاد الاباحة فيها انما وقع من نحو الاوزاعي وشريك وسائر أصحاب الظواهر فتحقق أن الحرمة المروية عن محمد في حق المثلث العنبي انما هي الحرمة الاجتهادية التي مدارها الظن لا الحرمة القطعية فكيف يتصور المغايرة بينها وبين الكراهة على أصل محمد ويمكن أن يقال معنى قولهم ان كل مكروه حرام عند محمد أن كل مكروه كراهة التحريم حرام عند محمد لكن لا بدليل قطعي بل بدليل ظني خلافا لابي حنيفة وأبي يوسف فان المكروه كراهة التحريم ليس بحرام أصلا عندهما بل الى الحرام أقرب وأما المكروه كراهة التنزيه فليس بحرام ولا الى الحرام أقرب عند أحد وهذا كله يظهر بمراجعة كتب الاصول فيجوز أن يكون المراد بالكراهة في قول المصنف ههنا وعنه انه كره ذلك هو الكراهة التنزيهية وهي مغايرة للحرمة على قول الكل فيندفع التنافي بين المقامين تأمل (قوله ولهما قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب) قال في النهاية ولهما أيضا قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية بين الله تعالى الحكمة في تحريم الخمر في هذه الآية وهي الصد عن ذكر الله تعالى وايراث العداوة والبغضاء وهذه المعاني لا تحصل بشرب القليل ولو خلينا وظاهر الآية لقلنا لا يحرم القليل من الخمر أيضا ولكن تركنا قضية ظاهر الآية في قليل الخمر بالاجماع ولا اجماع فيما عداه فبقي على ظاهر الآية انتهى أقول ينتقض هذا الاستدلال بما عدا الخمر من الاشربة المحرمة الثلاثة فان قليلها أيضا حرام عند أئمتنا قاطبة وعند مالك والشافعي وأكثر العلماء مع أن المعاني المذكورة في الآية المزبورة لا تحصل بشرب قليلها كما لا يخفى (قوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة) أقول الظاهر أن مراده بقوله خص السكر بالتحريم في غير الخمر قصر التحريم على السكر في غير الخمر على أن تكون الباء داخلة على المقصور كما في قولهم خصصت فلانا بالذكر على ما تقرر في موضعه اذ هو المفيد لمدعاهما ههنا دون العكس كما لا يخفى على ذي مسكة لكن فيه بحث وهو أن الاستدلال على مدعاهما في هذا الوجه كما يقتضي حل المثلث يقتضي أيضا حل الاشربة المحرمة الثلاثة غير الخمر وهذا ظاهر لزومه وبطلانه على أن استفادة قصر التحريم على السكر في غير الخمر من منطوق لفظ الحديث المذكور مشكل واستفادته من مفهوم المخالفة خلاف

ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا

المذهب فليتأمل (قوله ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا) فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضا قلنا لما وجد السكر بشرب القدح الاخير أضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما كذا ذكره جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على الجواب المذكور حيث قال فيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة انتهى أقول ان أراد بقوله والمجموع بهذه الصفة أن كل واحد من أجزاء المجموع بهذه الصفة فليس بصحيح اذ لا يخفى أن شيأ مما قبل الجزء الاخير ليس بعلة اسما ولا معنى ولا حكما اذ العلة اسما ما يضاف اليه الحكم والعلة معنى ما يؤثر في الحكم والعلة حكما ما يتصل به الحكم ولا يتراخى عنه كما عرف كله في علم الاصول ولا شك أن شيأ مما قبل الجزء الاخير ليس بصفة من هذه المعاني وان أراد بذلك أن المجموع من حيث هو مجموع بهذه الصفة كما هو الظاهر فهو لا يقدح في مطلوبنا هاهنا اذ لا ننكر حرمة مجموع الاقداح من حيث هو مجموع عند اشتماله على القدح المسكر وانما ننكر حرمة ما قبل القدح المسكر بانفراده ثم بقي الكلام في أن اضافة الحكم الى المجموع من حيث هو مجموع أولى أم الى الجزء الاخير وحده والظاهر في بادئ الرأي هو الاول لان الجزء الاخير وحده علة معنى وحكما لا اسما على ما هو المشهور في كتب الاصول والحكم انما يضاف الى العلة اسما لكن الفاضل التفتازاني قال في التلويح في مباحث العلة من باب الحكم ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم و يصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمن الاخير في أثقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى وحينئذ يصير الجزء الاخير علة اسما أيضا أي كما أنه علة معنى وحكما فينتظم أمر اضافة الحكم اليه وحده بلا غبار ثم قال صاحب العناية والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول ليس هذا بشئ فضلا عن أن يكون أولى اذ ليس الكلام ههنا في اطلاق لفظ المسكر على شئ وعدم اطلاقه عليه حتى يفيد التشبث برجحان الحقيقة على المجاز شيأ بل انما الكلام هنا في أن المفسد للعقل هو القدح المسكر أي المزيل للعقل سواء أطلق عليه لفظ المسكر حقيقة أم لا دون غيره من الاقداح المتقدمة فكان الحرام هو القدح المزيل للعقل لا غير وبالجملة مدار الاستدلال ههنا على المعنى وهو ازالة العقل دون اللفظ فلما أورد السؤال بان القدح الاخير لا يزيل العقل بانفراده بل بما تقدم فكان لما تقدم من الاقداح مدخل أيضا في ازالة العقل فينبغي أن يحرم أيضا لم يفد أن يقال ان لفظ المسكر انما يطلق على ما تقدم مجازا وعلى القدح الاخير حقيقة شيأ في دفع ذلك السؤال أصلا وانما يتمشى ذلك في الجواب عن استدلال الخصم بقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر ومحله قول المصنف ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة وقصد بعض الفضلاء أن يرد على صاحب العناية قوله المذكور بوجه آخر فقال اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير وما تقدمه مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا انتهى أقول وهذا أيضا ليس بشئ لان اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير اذا كان مجازا بلا شبهة كيف يتصور أن يكون اطلاقه على المجموع حقيقة فان المجموع مشتمل على ما تقدم على القدح الاخير أيضا ولا شك أن اطلاق اللفظ على المجموع المركب مما هو حقيقة فيه ومما هو مجاز فيه لا يكون حقيقة لان الحقيقة هي الكلمة المستعملة فيما وضعت له والمجموع المركب مما وضعت له ومما لم توضع له ليس مما وضعت له قطعا ولو سلم أن يكون اطلاقه على المجموع من حيث هو مجموع حقيقة فلا يضرنا اذ لا يلزم من كون المجموع من حيث هو مجموع مسكرا كون المتقدم على القدح الاخير أيضا مسكرا حتى يلزم كون ما تقدم على القدح الاخير حراما أيضا تأمل تقف

وانما

ليس بمسكر على انفراده بل بما تقدم فينبغي أن يحرم ما تقدم أيضا أجيب بان الحكم يضاف الى العلة معنى وحكما وفيه نظر لان الاضافة الى العلة اسما ومعنى وحكما أولى والمجموع بهذه الصفة والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا

(قوله والاولى أن يقال الحرام هو المسكر واطلاقه على ما تقدم مجاز) أقول اطلاقه على ما تقدم على القدح الاخير مجاز بلا شبهة وأما اطلاقه على المجموع من القدح الاخير وما تقدمه فليس بمجاز والكلام فيه (قوله وعلى القدح الاخير حقيقة وهو مراد فلا يكون المجاز مرادا) أقول و يقرب مما ذكره الشارح ما قاله الامام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير لا يقال القدح الاخير مسكر بما تقدمه لان المسكر ما يتصل به السكر وهو كالمتخم من الطعام فان المحرم هو المتخم انتهى قال التفتازاني في التلويح ذهب المحققون الى أن الجزء الاول يصير بمنزلة العدم في حق ثبوت الحكم ويصير الحكم مضافا الى الجزء الاخير كالمن الاخير في اثقال السفينة والقدح الاخير في السكر انتهى

وقوله (وانما يحرم القليل منه) أي من الخمر جواب سؤال يمكن تقريره على هذا الوجه وهو أن يقال لما كان المفسد هو الاخير دون ما تقدم وجب أن يكون في الخمر كذلك ويجوز أن يكون جوابا عن قولهم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره وهذا واضح ووجه الجواب عن الاول ان القياس ذلك ولكن تركناه لان الخمر لرقتها ولطافتها تدعو الى الكثير فاعطى القليل حكم الكثير والمثلث ليس كذلك لغلظه وعلى الثاني بطريق الفرق وهو واضح وقوله (والحديث الاول) يعني قوله كل مسكر خمر ليس بثابت لما بيناه من طعن يحيى بن معين ولئن سلمنا ثبوته فهو محمول على القدح الاخير وقوله (والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق) لم يذكر اسمه لاختلاف وقع فيه فان منهم من سماه يوسفيا ويعقوبيا لان أبا يوسف رحمه الله كثيرا ما كان يستعمل هذا ومنهم من سماه بختجا وحميديا قال لانه منسوب الى رجل اسمه حميد وهل يشترط لاباحته عندهما بعد ما صب الماء فيه أدنى طبخة اختلف المشايخ رحمهم الله فيه واختاره المصنف رحمه الله وقوله (أو يذهب منهما) يعني تارة يذهب الماء أولا للطافته وتارة يذهب العصير والماء معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير أيضا ثلثين كالماء لكن لما لم يتيقن بذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شربه احتياطا لانه اذا ذهب الماء أولا كان الذاهب أقل من ثلثي العصير وهو حرام عندنا وهو الباذق وقوله (فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) أي على القطع والبتات وقوله (يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله) هي رواية الحسن عنه وأنكرها المتقدمون من مشايخنا فقد روى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف قال سمعت أبا حنيفة يقول انها لا تحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهذا أصح لما ذكره في الكتاب

وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطى حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر

(قوله وانما يحرم القليل من الخمر لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فأعطى حكمه) أقول فيه كلام وهو أن هذا التقرير يقتضي كون حرمة الخمر معللة وقد صرح فيما مر بان الخمر عينه حرام غير معلول عندنا بشيء لان تعليله خلاف السنة المشهورة وهي قوله صلى الله عليه وسلم حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب فكان الذي ينبغي ههنا أن يقال وانما يحرم القليل من الخمر لورود النص فيه وهو قوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها الحديث اللهم الا أن يحمل كلام المصنف ههنا على التنزل والزام الخصم بان يكون هذا الكلام منه جوابا عن قول الخصم ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره فتبصر (قوله والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه) قال بعض الفضلاء وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الاخيرين اللذين رواهما ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما انتهى أقول توجيهه ليس بشيء لان دلالة الحديثين الاخيرين اللذين رواهما الخصم على حرمة قليل ما أسكر كثيره انما هي بطريق العبارة ودلالة ما رواه المصنف من قبل أبي حنيفة وأبي يوسف على حل قليل ذلك انما هي بطريق الاشارة أو الاقتضاء وقد تقرر في علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص واقتضائه عند التعارض فان أراد ذلك القائل بمعارضة ما رواه لهما المعارضة الموجبة للتساقط وهي المعارضة بدون الرجحان في أحد الجانبين فليس بصحيح وان أراد بها المعارضة مع الرجحان في جانب الحديثين اللذين رواهما الخصم فليس بمفيد بل مخل كما لا يخفى (قوله لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب) قال الشراح أي على القطع والبتات وقال بعض الفضلاء قوله أي على القطع والبتات فيه بحث لان الحرمة تثبت بالشبهة انتهى أقول مدار هذا البحث على عدم فهم مراد الشراح فان مرادهم بقولهم أي على القطع والبتات تقييد المنفي في قول المصنف فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب لا تقييد النفي فالمعنى أن

(قال المصنف والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه) أقول وكان على المصنف أن يتعرض للحديثين الاخيرين ولم يفعل كانه اكتفى بمعارضة ما رواه لهما (قوله وقوله فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب أي على القطع والبتات) أقول فيه بحث فان الحرمة تثبت بالشبهة (قال المصنف ولو طبخ العنب كما هو) أقول أي كائن كالذي هو عنب فالخبر محذوف وينبغي أن تكون الكاف زائدة (قال المصنف فصار كما بعد العصر) أقول أي صار حكم العصير بعد طبخ العنب كحكم العصير بعد العصر قبل طبخ العنب والاوجه أن يقال فصار الطبخ قبل العصر كالطبخ بعده في أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه

(قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء الخ) جوز أكثر أهل العلم الانتباذ في الدباء وهو القرع والحنتم وهو جرار حمر أو خضر يحمل فيها الخمر الى المدينة الواحدة حنتمة والمزفت وهو الظرف المطلى بالزفت وهو القير والنقير وهو الخشبة المنقورة لقوله صلى الله عليه وسلم نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد في زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فأمسكوا ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسعكم على معسركم وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيأ ولا يحرمه ولكن انما ينبذ فيه ان كان فيه خمر بعد التطهير على ما ذكر في الكتاب قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه انما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها يعني فصاحبها على خطر من الوقوع في شرب المحرم وقوله (واذا تخللت الخمر) يعني أن خل الخمر حلال عندنا سواء تخللت بنفسها أو خللت وقال الشافعي رحمه الله ان كان التخلل بالقاء شئ فيها كالملح وغيره فهو حرام قولا واحدا وان كان بالنقل من الظل الى الشمس وعكسه فله قولان وقال في الفرق ما ألقى في الخمر يتنجس بملاقاته الخمر والمتنجس لا يفيد الطهارة لغيره وليس فيما اذا تخللت بنفسها شئ من ذلك ودليله على أحد الوجهين ما ذكره في الكتاب ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل هو يتناول المخلل والمتخلل لا محالة ولان التخليل اصلاح المفسد باثبات صفة الصلاح من حيث التغذي به والاقتراب وكسر الشهوة وتسكين الصفراء وغير ذلك واصلاح المفسد ان لم يكن واجبا فلا أقل من الاباحة والمنازع مكابر وقوله (وكذا الصالح للصالح) يجوز أن يكون معناه المخلل صالح للصالح والصالح للصالح مباح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ

ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر والزبيب أدنى طبخة ثم أنقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما أنقع فيه شيأ يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو للحد في درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال (ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيأ ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما أخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عن أبي يوسف يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال (واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها أو بشئ يطرح فيها ولا يكره تخليلها) وقال الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شئ فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شئ فيه فله في الخل الحاصل به قولان له أن في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلكم خل خمركم ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ

ذهاب ثلثي ماء العنب على القطع والبتات لا يكون لان ذهاب ثلثي ماء العنب لا يكون على القطع والبتات وحاصله أن ذهابهما القطعي لم يثبت لان عدم ذهابهما قطعي فلما لم يثبت ذهابهما على القطع والبتات بل احتمل أن يكون الذاهب أقل منهما بأن يذهب الماء أولا للطافته قلنا بحرمة شرب ذلك العصير احتياطا بناء على أن الحرمة تثبت بالشبهة فلا محل للبحث المذكور والفرق بين تعلق القيد بالنفي وبين تعلقه بالمنفي في أمثال هذا المقام أصل كبير قد نبه عليه في مواضع شتى من علم البلاغة فكيف خفي على ذلك القائل (قوله ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر أو بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه) قال صاحب غاية البيان ولنا في قوله أو بين التمر والزبيب نظر لان ماء الزبيب كماء التمر يكتفى فيهما بأدنى طبخة وقد صرح بذلك القدوري قبل هذا وهو قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد انتهى أقول وقول القدوري بعده ولا بأس بالخليطين أظهر في ترويج نظر صاحب الغاية من قوله ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال وان اشتد اذ لقائل أن يقول يجوز أن يكون في الاجتماع ما لا يكون في الانفراد فلا يستلزم الحل في الثاني

(قال المصنف لان التمر ان كان يكتفى فيه بأدنى طبخة الخ) أقول هذا التعليل لا يفي بتمام ما ادعاه لظهور أنه لا يدل على المدعى الثاني ولعل الصحيح أو بين العنب والزبيب مكان بين التمر والزبيب فهي أول الناسخين وتبع الآخر للاولين

وقوله (والاقتراب لاعدام الفساد) جواب عن قوله ان فى التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول ووجهه لانسلم أنه على وجه التمول بل المنظور اليه اعدام الفساد وذلك بالاراقة جائز فبالتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا فى المآل وهذا ظاهر وما بعده الا المكابرة فان قيل فما تصنع بقوله صلى الله عليه وسلم لا ولكن أرقها حين

والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا فى الثانى فيختاره من ابتلى به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فأما أعلاه وهو الذى نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال على ما قالوا قال (ويكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) لان فيه أجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا أو دبرة دابة ولا أن يسقى ذميا ولا أن يسقى صبيا للتداوى والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما فى الكلب والميتة ولو ألقى الدردى فى الخل لا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلنا قال (ولا يحد شاربه) أى شارب الدردى (ان لم يسكر) وقال الشافعى يحد لانه شرب جزأ من الخمر ولنا أن قليله لا يدعو الى كثيره لما فى الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج (ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها فى الاحليل) لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر فى مرقة لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه أصابه الطبخ ويكره أكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام أجزاء الخمر فيه

﴿فصل فى طبخ العصير﴾

والاصل أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثى ما بقى ليحل الثلث الباقى بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقى حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل

الحل فى الاول وقد تشبث صاحب الغاية فى ترويج نظره بقول القدورى الاول ولم يتعرض لقوله الثانى وكان صاحب الكافى فهم ركاكة فيما ذكره المصنف ههنا حيث غير عبارته فى الصورة الثانية فقال ولو جمع فى الطبخ بين العنب والتمر أو بين العنب والزبيب لا يحل ما لم يذهب بالطبخ منه ثلثاه انتهى ويحتمل أن يقع لفظ التمر فى قول المصنف أو بين التمر والزبيب بدل لفظ العنب سهوا من نفس المصنف أو من الناسخ الاول الا أنه يبقى نوع قصور فى التعليل الذى ذكره ههنا عن افادة المدعى فى الصورة الثانية على كل حال اذ لم يتعرض بالزبيب فى التعليل قط ثم اعلم أن تاج الشريعة وجه ما وقع فى نسخ الهداية ههنا حيث قال فان قلت هذا المعنى لا يتأتى فى التمر والزبيب على ما قال فى المختصر انه يكتفى فيهما بأدنى طبخة قلت ان هذا على ما روى هشام فى النوادر عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ انتهى واقتفى أثره العينى قلت ويؤيده ما ذكره فى الفصل الثانى من كتاب الاشربة من المحيط البرهانى حيث قال فيه واذا طبخ الزبيب أدنى طبخة فهو النبيذ ويحل شربه ما دام حلوا وأما اذا غلى واشتد وقذف بالزبد فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فى ظاهر الرواية يحل الشرب وعلى قول محمد والشافعى رحمهما الله لا يحل وروى هشام فى نوادره عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه ما لم يذهب الثلثان بالطبخ لا يحل انتهى والله الموفق

﴿فصل فى طبخ العصير﴾ قال جماعة من الشراح لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليما لابقاء ما هو حلال على حله وقال بعضهم لما ذكر فيما تقدم أن العصير لا يحل

سأله أبو طلحة عن تخليل خمر أيتام عنده وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى أن يتخذ الخمر خلا أجيب عن الاول بان ذلك فى ابتداء التحريم قطعالهم أن يحوموا حول الخمور كما حرم الانتباذ فى الاوعية المذكورة مع تصريحه ثانيا بان الظرف لا يحرمه ويوضحه انه عليه الصلاة والسلام أمر بكسر الدنان وشق الزقاق وعن الثانى أن المراد بالاتخاذ الاستعمال كما فى النهى عن اتخاذ الدواب كراسى فان المراد به الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدى بن حاتم ما عبدناهم قط فقال عليه السلام أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال نعم فقال هو ذاك ففسر الاتخاذ بالاستعمال دردى الخمر وغيرها ما يبقى فى أسفله ومعناه يحرم شرب دردى الخمر والانتفاع به وانما خص الامتشاط لان له تأثيرا فى تحسين الشعر وقوله لما قلنا اشارة الى التعليل المستفاد من قوله كما فى الكلب والميتة (ولا يحد شارب الدردى ان لم يسكر) خلافا للشافعى قال لانه شرب جزأ من الخمر فيجب الحد ولنا الخ واضح

﴿فصل فى طبخ العصير﴾ لما كان طبخ العصير من أسباب منعه عن التخمر ألحقه بالاشربة تعليما لابقاء ما هو حلال على حله الدورق مكيال للشراب وهو عجمى

قوله (وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه) قال فى النهاية كأن محمدا علم أن العصير على نوعين منه مالو صب فيه الماء وطبخ يذهب الماء أولا ومنه ما اذا صب فيه الماء يذهبان معا ففصل الجواب فيه تفصيلا وحاصله أن الماء متى ما كان أسرع ذهابا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث العصير وان كانا يذهبان معا فانه يطبخ حتى يبقى ثلث الكل وقوله (فى الوجه الاول) يعنى ما يذهب فيه الماء أولا وقوله يطبخ حتى يبقى تسع الجملة قال شيخ الاسلام طريق معرفته أن يجعل كل عشرة من الماء والعصير على ثلاثة أسهم لانك تحتاج الى أن تجعل عشرة دوارق عصير على ثلاثة لحاجتك الى الثلث والثلثين فيكون الماء ستة والعصير ثلاثة والكل تسعة أسهم فاذا ذهب الماء أولا فقد ذهب ستة من تسعة وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقى العصير لا غير وهو ثلاثة أسهم فيطبخ حتى يذهب ثلثاه فقد ذهب مرة ستة ومرة اثنان فقد ذهب ثمانية وبقى واحد وهو تسع الكل وقوله (وفى الوجه الثانى) يعنى الذى يذهب الماء والعصير معا (يطبخ حتى يذهب عشرون ويبقى عشرة) لانه يذهب بالغليان ثلثا العصير وثلثا الماء والباقى ثلث العصير وثلث الماء فهى ومالو صب الماء فى العصير بعدما صار مثلثا سواء وقوله (يحل) لانه أثر النار مثاله لو طبخ عصير حتى ذهب ثلاثة أخماسه وبقى خمساه ثم قطع عنه النار فلم يبرد حتى ذهب عنه تمام الثلثين فلا بأس بذلك لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذى بقى من الحرارة بعد ما قطع عنه أثر تلك النار فهو ومالو صار مثلثا والنار تحته سواء هذا بخلاف ما اذا برد قبل أن يصير مثلثا ثم غلى واشتد حتى ذهب بالغليان منه شئ فانه لا يحل لان الغليان بعدما انقطع عنه أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد صار محرما وقوله (بيانه عشرة ارطال عصير الى قوله فعرفت أن الحلال ما بقى منه رطلان وتسعان) وهذا لان الرطل الذاهب بالطبخ فى المعنى داخل فيما بقى وكان الباقى ان لم ينصب منه شئ تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك فى معنى رطل وتسع رطل لان الرطل الذاهب بالغليان يقسم على ما بقى أتساعا فاذا انصب منه ثلاثة أرطال فهذا فى المعنى ثلاثة أرطال وثلاثة أتساع رطل فيكون الباقى منه ستة أرطال وستة أتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل

لان الذى يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه وأياما كان جعل كان العصير تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة وأصل آخر أن العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء أسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقى بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثانى العصير فلا بد من ذهاب ثلثى العصير وان كانا يذهبان معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث الباقى ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلى ثلثاه بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففى الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفى الوجه الثانى حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلى بدفعة أو دفعات سواء اذا حصل قبل أن يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل لانه أثر النار وأصل آخر أن العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه فى الباقى بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقى بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة أرطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم أهريق منه ثلاثة أرطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضرب به فيما بقى بعد المنصب هو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقى بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شئ وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت أن الحلال فيما بقى منه رطلان وتسعان وعلى هذا تخرج المسائل

ما لم يذهب ثلثاه شرع يبين كيفية طبخ العصير الى أن يذهب ثلثاه (قوله لان الذى يذهب زبدا هو العصير أو ما يمازجه وأياما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة) أقول فيه شئ وهو أن وجه جعل العصير تسعة دوارق على تقدير أن يكون الذاهب زبدا هو العصير غير ظاهر اذ لا يكون حينئذ فرق بين الذاهب زبدا من عشرة دوارق وبين الباقى منها فى كونها عصيرا فاذا جاز اعتبار بعض منها وهو الذاهب زبدا فى حكم العدم بلا أمر يوجبه فلم لا يجوز اعتبار بعض من التسعة الباقية منها أيضا فى حكم العدم عند ذهابه بالطبخ والاظهر فى تعليل هذا الاصل أن يقال لان الذى يذهب زبدا جعل كان لم يكن لان الزبد ليس بعصير فصار كالو صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لم يعتبر الماء فكذلك هذا ويفصح عن ذلك ما ذكره صاحب الغاية نقلا عن أصل محمد رحمه الله حيث قال قال محمد فى الاصل عشرة دوارق عصير تصب فى قدر فتطبخ فتغلى وتقذف بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع من ذلك الزبد قدر دورق ثم يطبخ الباقى حتى يبقى ثلاثة دوارق وهو ثلث الباقى بعد الدورق الذى أخذ منه وذلك لان ما أخذ من الدورق زبدا جعل كأنه لم يكن لان الزبد ليس بعصير واذا لم يكن الزبد عصيرا يعتبر بما لو كان صب فيه دورق من ماء ولو كان كذلك لا يعتبر الماء وانما يعتبر العصير وهى تسعة

(قوله وما ذهب يجعل كان لم يكن لانه ما بقى العصير لا غير) أقول قوله لانه أى لان الشأن ولفظة ما فى قوله ما بقى موصولة والله أعلم

وقوله (ولهاطريق آخر) قيل هو أن يجعل الذاهب بالغليان من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب الحرام ويبقى الحلال فثلثاعشرة أرطال حرام وهو ستة أرطال وثلثارطل وثلثه حلال وهو ثلاثة أرطال وثلث رطل والذاهب بالطبخ ذاهب من الحرام والباقي تسعة أرطال والحلال منها ثلاثة أرطال وثلث رطل والحرام خمسة أرطال وثلثارطل فاذا أريق ثلثه فهو من الحلال والحرام جميعا لانه لاتعلق للذاهب عينا بالحلال أو بالحرام وكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعارطل ولورمت زيادة الانكشاف فاجعل كل رطل تسعا لاحتياجك الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وهو تسعة فصارت أرطال الحلال ثلاثين سهما وقد أريق ثلثه وهو عشرة فيبقى عشرون وهو رطلان وتسعارطل

﴿كتاب الصيد﴾

مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد مما يورث السرور الا أنه قدم الاشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز عنها ومحاسنه محاسن المكاسب وسببه يختلف باختلاف حال الصائد فقد يكون الحاجة اليه وقد يكون اظهار الجلادة وقد يكون الفرح والصيد مصدر وقد يراد به المفعول وهو حلال وحرام لان الصائد اما أن يكون محرما أولا فان كان فهو حرام وان لم يكن فأما أن اصطاد في الحرم أولا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو حلال اذا وجد خمسة عشر شرطا خمسة في الصائد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده وأن لا يترك التسمية عامدا وأن لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الارسال وأن لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لا يأكل منه وخمسة في الصيد أن لا يكون من الحشرات وأن لا يكون من بنات الماء الا السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه وأن لا يكون متقويا بأنيابه أو بمخلبه وأن يموت بهذا

ولهاطريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل

﴿كتاب الصيد﴾

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا

دوارق فكذلك هذا الى هنا لفظه (قوله وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسائل) قلت فيه ايهام لطيف الكتابيه المسمى أحدهما بالكفاية المنتهى والآخر بالهداية

﴿كتاب الصيد﴾

قال صاحب غاية البيان مناسبة كتاب الصيد بكتاب الاشربة من حيث ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور والنشاط في الآدمي الا أن السرور في الاشربة المباحة أكثر لانه بأمر يدخل في الباطن والسرور في الصيد بأمر خارجي فكان الاول أقوى وصار بالتقديم أولى انتهى أقول فيه نظر أما أولا فلان وضع كتاب الاشربة لبيان الاشربة المحرمة دون الاشربة المباحة والا لذكر فيه كل أشربة مباحة على التفصيل مع أنه لم يذكر فيه من الاشربة المباحة الا نبذ قليل له مناسبة مع بعض الاشربة المحرمة في وجه ما حتى وقع لاجله الخلاف من بعض العلماء في حله على أنهم صرحوا في أول كتاب الاشربة بأن الاشربة جمع شراب والشراب عند أهل الشرع اسم لما هو حرام من المائعات فما معنى قوله ان كل واحد من الاشربة والصيد من المباحات التي تورث السرور وأما ثانيا فلان ما ذكره ههنا لا يناسب ما ذكره في أول كتاب الاشربة فانه قال هنالك ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها الحرام كالخمر انتهى فقد جعل هنالك وجه تأخير الاشربة عن الشرب حرمتها وجعل ههنا وجه مناسبتها بالصيد اباحتهما مع ايراث السرور فبين كلاميه في المقامين تنافر لا يخفى فالوجه الظاهر في مناسبة كتاب الصيد لكتاب الاشربة وفي تقديم الاشربة على الصيد ما ذكر في الشروح الاخر فراجعها (قوله الصيد هو الاصطياد ويطلق على ما يصاد) يعني أن الصيد مصدر بمعنى الاصطياد وهو أخذ الصيد كالاحتطاب وهو

﴿كتاب الصيد﴾

مر في فصل جناية الصيد من كتاب الحج تعريفان للصيد (قوله من حيث ان كل واحد من الاشربة) أقول ومن حيث ان الصيد من الاطعمة ومناسبتها للاشربة غير خفية ثم كما أن منها حلالا وحراما كذلك من الصيود ما هو حلال وحرام (قوله الا أنه قدم الاشربة) أقول لا يقال كونهما مع الشرب شيئا عرق واحد يكفي في وجه تقديمها على الصيد لانه لم يدع أحد عدم الكفاية وانما المقصود ابداء وجه آخر ولا مشاحة فيه (قوله وان يموت بهذا) أقول قوله وان يموت بهذا مستدرك بعد قوله وان يقتله جرحا

ذبحه فانه صيد وهو حلال وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا فان أدنى مرتبة الامر الاباحة وقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما فانه يدل على الحل اذا زال الاحرام

(قوله قبل أن يصل الى ذبحه) أقول والالايكون صيدا محضا والكلام فى حله (قوله وفيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للا كل بالكلاب) أقول فيه تسامح بل شرط حل الصيد (قوله لاغير) أقول يعنى لاغيره من سباع الطيور (قوله على أنه لوانتفى بعضه لم يحرم الخ) أقول مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل (قوله وكذا اذا لم يمت بهذا) أقول ناظر الى قوله وان يموت بهذا قبل أن يصل الى ذبحه (قال المصنف وقوله عزوجل وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) أقول مادام لتوقيت فعل بمدة ثبوت مصدر خبرها الفاعل ذلك المصدر فأنت فى قولك

وقوله عزو جل وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما

أخذ الحطب ثم يراد به ما يصاد مجازا اطلاقا لاسم المصدر على المفعول وهو الممتنع المتوحش عن الآدمى بأصل الخلقة مأكولا كان أو غيره أكول كذا فى غاية البيان قال فى الخلاصة وانما يحل الصيد بخمسة عشر شرطا خمسة فى الصياد وهو أن يكون من أهل الذكاة وأن يوجد منه الارسال وأن لايشاركه فى الارسال من لايحل صيده وأن لايترك التسمية عامدا وأن لايشتغل بين الارسال والاخذ بعمل وخمسة فى الكلب منها أن يكون معلما وأن يذهب على سنن الارسال وأن لايشاركه فى الاخذ مالايحل صيده وأن يقتله جرحا وأن لاياكل منه وخمسة فى الصيد منها أن لايكون متقويا بأنيابه أو مخلبه وأن لايكون من الحشرات وأن لايكون من بنات الماء سوى السمك وأن يمنع نفسه بجناحيه أو قوائمه وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه انتهى وذكرت هذه الشروط فى النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن الخلاصة وذكرها صاحب العناية أيضا وقال كذا فى النهاية منسوبا الى الخلاصة وقدح بعض الفضلاء فى واحد من هاتيك الشروط حيث قال قوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه مستدرك بعد قوله وأن يقتله جرحا انتهى أقول لااستدراك فيه لان الشرط الذى أريد بقوله وأن يقتله جرحا ليس مجرد قتله بل قتله جرحا والمقصود منه الاحتراز عن قتله خنقا فانه لايحل أكله حينئذ كما ستقف عليه وكذا الشرط الذى أريد بقوله وأن يموت بهذا قبل أن يوصل الى ذبحه ليس مجرد موته بل موته قبل أن يوصل الى ذبحه اذ لومات بذلك بعد أن يصل المرسل الى ذبحه لم يحل أكله ان لم يذبحه المرسل كما ستعرفه أيضا ولاشك أن اشتراط أن يقتله الكلب جرحا لايغنى عن اشتراط أن يموت الصيد بجرح الكلب قبل أن يصل المرسل الى ذبحه لجواز أن يقتله الكلب جرحا بعد أن يصل المرسل الى ذبحه فحينئذ لايحل أكله فلابد من بيان الشرط الآخر أيضا على الاستقلال وطعن صاحب العناية فى جملة مانقل عن الخلاصة حيث قال فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للا كل بالكلاب لاغير على أنه لوانتفى بعضه لم يحرم كالواشتغل بعمل آخر لكن أدركه حيا فذبحه وكذا اذا لم يمت بهذا لكنه ذبحه فانه صيد وهو حلال انتهى أقول يمكن أن يعتذر عما ذكره فى علاوته بأن الكلام فى شرائط حل الصيد المحض وهو الذى لم يدركه الصياد حيا بل مات بجرح آلة الصيد كالكلب والبازى والرمى وصار مذبوحا بالذبح الاضطرارى وما أدركه حيا فذبحه لايكون صيدا محضا بل يصير ملحقا بسائر ما يذبح بالذبح الاختيارى فيكون خارجا عن محل الاشتراط وطعن بعض الفضلاء فى قول صاحب العناية فيه تسامح لان هذا شرط الاصطياد للا كل بالكلاب حيث قال فيه تسامح بل شرط حل الصيد أقول الظاهر أن مراد صاحب العناية بالاصطياد فى قوله لان هذا شرط الاصطياد للا كل هو الاصطياد الشرعى وهو ما كان حلالا فيؤول معنى قوله شرط الاصطياد الى شرط حل الصيد فان عد هذا تسامحا فهو من قبيل التسامح فى التعبير بناء على ظهور المراد ولايبالى بمثله بخلاف ماذكره صاحب العناية من التسامح فى كلام صاحب الخلاصة فانه راجع الى المعنى تدبر تفهم ثم قصد ذلك البعض دفع ماذكره صاحب العناية فى علاوته حيث قال مراد صاحب الخلاصة بيان شرائط حل صيد قتله الكلب ولم يكن فيه آلة غيره فليتأمل انتهى أقول لايذهب عليك أن كلام صاحب الخلاصة مع عدم مساعدته لهذا التقييد وعدم قيام قرينة عليه لايدفع كون مراده هذا المعنى التسامح الذى حاصله التقصير فى البيان فانه لاوجه لبيان شرائط حل نوع مخصوص من أنواع الصيد وترك بيان شرائط سائر أنواعه بلاضرورة داعية اليه (قوله وقوله عز و جل وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) مد التحريم الى غاية فاقتضى الاباحة فيما وراء تلك الغاية كذا

ولقوله

اجلس مادام زيد قائما أى موقت جلوس المخاطب بمدة ثبوت قيام أبى زيد وما التى فى مادام مصدرية والمضاف الذى هو الزمان محذوف أى مدة دوام قيام أبى زيد كذا فى شرح الرضى

ولقوله عليه السلام لعدى بن حاتم الطائى رضى الله عنه اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحوى به الكتاب فصلان أحدهما فى الصيد بالجوارح والثانى فى الاصطياد بالرمى

﴿فصل فى الجوارح﴾ قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازى وسائر الجوارح المعلمة وفى الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته)

قالوا واعترض عليه صاحب العناية حيث قال فيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة اه أقول لا نسلم أن مفهوم الغاية ليس بحجة بل هو حجة بالاتفاق كما نص عليه العلامة التفتازانى فى التلويح فى باب المعارضة والترجيح بصدد بيان المخلص لدفع التعارض بين قراءة التشديد وقراءة التخفيف فى قوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن

﴿فصل فى الجوارح﴾ قدم فصل الجوارح على فصل الرمى لان آلة الصيد هنا حيوان وفى الرمى جماد وللحيوان فضل على الجماد والفاضل يقدم على المفضول كذا فى الشروح (قوله وفى الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذى ناب من السباع وذى مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته) قال صاحب العناية انما أورد رواية الجامع الصغير بقوله ولا خير فيما سوى ذلك أى فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب فان رواية القدورى تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفى جميعا انتهى أقول فيه شئ اذ قد صرحوا فى شروح هذا الكتاب وغيرها بأن تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه بالاتفاق فرواية القدورى أيضا تدل على اثبات جواز الاصطياد بما ذكر ونفى جوازه بما سوى ذلك فلا يتم قوله ان رواية القدورى تدل على الاثبات لا غير اللهم الا أن يكون مراده أن رواية القدورى تدل بمنطوقها على الاثبات لا غير وان دلت بمفهومها على النفى أيضا وأما رواية الجامع الصغير فتدل بمنطوقها على الاثبات والنفى معا لكن لا يظهر حينئذ فى ايراد رواية الجامع الصغير كبير نفع كما لا يخفى قال جماعة من الشراح انما ذكر فى الجامع الصغير بلفظ لا بأس مع ثبوت اباحة الاصطياد بالكتاب لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح قد خص منه البعض وهو الخنزير والاسد والدب والنص اذا خص منه البعض يصير ظنيا فتمكن فيه الشبهة كما عرف فى الاصول فلذلك ذكر بلفظ لا بأس انتهى أقول فيه نظر لان الخنزير مخصوص من النص المذكور بالعقل لانه نجس العين والعقل يدل على عدم جواز الانتفاع بالنجس وقد عرف فى علم الاصول أن النص الذى خص منه شئ بالعقل لا يصير ظنيا بل يكون قطعيا لكونه فى حكم الاستثناء وقد أشار اليه

وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة ولو ذكر مكانه أحل لكم صيد البحر كان أنسب وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم لعدى بن حاتم على ما ذكر فى الكتاب ولم يرو خلاف لاحد فى اباحته فكان اجماعا وقوله (ولانه نوع اكتساب والاكتساب مباح كالاحتطاب) استدلال بالمعقول

﴿فصل فى الجوارح﴾ قدم فصل الجوارح على فصل الرمى لما أن آلة الصيد ههنا حيوان وفى الرمى جماد والفاضل تقدم على المفضول قال (ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم الخ) يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد المعلم والبازى المعلم وسائر الجوارح المعلمة وهذا بعمومه يتناول الاسد والذئب والدب والخنزير لكن الخنزير لكونه نجس العين لا يجوز الانتفاع به وكان ذلك معلوما لكل أحد فلم يستثنه والباقية ان أمكن تعليمها جاز الاصطياد بها لكنهم قالوا لا يمكن تعليم الاسد والدب لان من عادتهما أنهما اذا أمسكا صيدا لا يأكلانه فى الحال والتعلم انما يتحقق بترك الاكل فلا يعلم أنه ترك عادة أو تعلما ولان التعليم لان يمسك للغير والاسد لعلو همته لا يفعل ذلك والدب لخساسته ولهذا استثناهما أبو يوسف رحمه الله وألحق بعضهم الحدأة بالدب لمعنى الخساسة وانما أورد رواية الجامع الصغير لقوله ولا خير فيما سوى ذلك أى فيما سوى المعلمة من ذى الناب والمخلب فان رواية القدورى رحمه الله تدل على الاثبات لا غير ورواية الجامع الصغير تدل على الاثبات والنفى جميعا

(قوله وفيه نظر لانه استدلال بمفهوم الغاية وهو ليس بحجة) أقول فى التلويح مفهوم الغاية حجة بالاتفاق مع أنه يجوز أن يكون المقصود بيان حرمته للمحرم المعلومة من قوله لغير المحرم ويثبت جوازه لغير المحرم بالاباحة الاصلية ولقوله تعالى خلق لكم ما فى الارض جميعا انتهى وفيه بحث اذ الكلام فى حل الفعل ثم لو ثبت الجواز بالاباحة الاصلية لم يحتج الى الدليل وذلك لان الاصل فى الحل بالذبح هو الذبح الاختيارى والاضطرارى على خلاف الاصل

﴿فصل فى الجوارح﴾ (قوله فان رواية القدورى تدل الخ) أقول تعليل لقوله وانما أورد رواية الجامع الصغير

(والاصل فى ذلك) أى فى جواز الاصطياد بالمذكور قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين وذلك لانه معطوف على قوله تعالى أحل لكم الطيبات أى أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم وفيه نظر لان القران فى النظم لا يوجب القرآن فى الحكم والجواب أن ذلك اذا لم يدل الدليل على القرآن وههنا قد دل فان قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله يسألونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغى ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى والجوارح الكواسب من سباع البهائم والطير كالكلب والفهد والنمر والعقاب والصقر والبازى والشاهين وغيرهما قال الله تعالى أم حسب الذين اجترحوا السيآت وانما قال فى تأويل لانه فى تأويل آخر هى التى تجرح من الجراحة والمكلبين بمعنى المسلطين فيتناول الكل بعمومه ولكن لما كان التأديب غالبا فى الكلاب اشتق من لفظه وفيه اشارة الى نفى ما ذهب اليه ابن عمر ومجاهد رضى الله عنهم أنه لا يجوز الاصطياد الا بالكلب مستدلين بلفظ مكلبين واستدل المصنف رحمه الله على صحة التأويل بعموم حديث عدى بن حاتم

والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب قال فى تأويل المكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى

المصنف بقوله فيما بعد والخنزير مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به وأما الاسد والدب فليسا بداخلين رأسا فى النص المذكور لانهم صرحوا بأن الاسد والدب لا يصلحان للتعليم لانهما لا يعملان للغير فلم يدخلا تحت قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ولا يخفى أن تخصيص شئ من شئ فرع دخوله فيه أولا فاذا لم يدخلا فى النص المذكور لم يكونا مخصوصين منه ولئن سلم كون كل من تلك الثلاثة مخصوصا من النص المذكور وكون تخصيص كل واحد منها منه بالكلام المستقل دون العقل فلا نسلم كون ذلك النص بعده ظنيا اذ قد تقرر فى علم الاصول أن العام الذى أخرج منه البعض بكلام مستقل انما يصير ظنيا اذا كان المخرج موصولا بذلك وأما اذا لم يكن موصولا به فيكون قطعيا فى الباقى ويطلق على مثل هذا الاخراج فى عرف أهل الأصول النسخ دون التخصيص ولا شك أن مخرج تلك الجوارح الثلاثة من النص المزبور ليس بموصول بذلك النص فلا يصير ظنيا لامحالة فتبصر (قوله والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين) وذلك لانه عطف على الطيبات فى قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات أى أحل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح فحذف المضاف كذا فى الكافى والشروح قال صاحب العناية بعد ذلك فيه نظر لان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم والجواب أن ذلك اذا لم يدل الدليل على القران وههنا قد دل فان قوله تعالى قل أحل لكم الطيبات جواب عن قوله تعالى يسئلونك ماذا أحل لهم فان لم يكن وما علمتم من الجوارح مقارناله لم يكن ذكره على ما ينبغى انتهى أقول نظره فاسد وجوابه كاسد أما الاول فلان اشتراك المعطوف مع المعطوف عليه فى الحكم السابق واجب لامحالة مقرر فى علم النحو بلا ارتياب فيلزم فى الآية المذكورة الاشتراك فى حكم الاحلال ضرورة وقول الاصوليين القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم ليس بانكار لمثل هذه القاعدة المقررة فى علم النحو بل معناه أن مجرد المقارنة فى النظم لا يوجب المقارنة فى الحكم بدون أن يتحقق أمر مقتض للمقارنة فى الحكم أيضا وفيما نحن فيه قد تحقق ذلك وهو قضية العطف وأما الثانى فلان لقائل أن يقول انما يلزم من أن لا يكون وما علمتم من الجوارح مقارنا لأحل لكم الطيبات أن لا يكون ذكره على ما ينبغى لو كان وما علمتم من الجوارح داخلا تحت جواب قوله تعالى يسئلونك ماذا أحل لهم ومن يقول ان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم كيف يسلم ذلك بل يقول يجوز أن يكون جواب ذلك قل أحل لكم الطيبات فقط ويكون ما بعده كلاما مستقلا مسوقا لبيان حكم جديد ولافادة فائدة أخرى ثم قال صاحب العناية ويجوز أن يكون وما علمتم من الجوارح شرطية وجوابه فكلوا مما أمسكن عليكم وهو سالم عن الاعتراض المذكور فالحمل عليه أولى انتهى أقول فى تفريع قوله فالحمل عليه أولى خلل لان الاعتراض المذكور لا يرد على معنى الآية بالتفسير الاول بل على الاستدلال به على مسئلتنا هذه ولا يخفى أن تعين معنى الآية أو رجحان أحد محتمليها لا يتوقف على تمام الاستدلال بها بل الامر بالعكس فما معنى تفريع قوله فالحمل عليه أولى على قوله وهو سالم عن الاعتراض المذكور (قوله والجوارح الكواسب قال فى تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدى)

(قوله لانه معطوف على قوله أحل لكم الطيبات) أقول فيه تسامح لانه معطوف على الطيبات (قوله وصيد ما علمتم) أقول والقرينة على تقدير الصيد قوله تعالى فكلوا مما أمسكن فليفهم (قوله وفيه نظر لان القران فى النظم لا يوجب القران فى الحكم) أقول ليس ذلك من القران فى النظم لان قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مفرد معطوف على الطيبات بتقدير المضاف فيشتركان فى حكم الاحلال ضرورة (قوله ولكن لما كان التأديب غالبا فى الكلاب اشتق من لفظه) أقول فان قيل ما الحاجة الى هذا العذر بعد ما ذكره المصنف من أن اسم الكلب فى اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد قلنا لا يتناول جوارح الطيور فالمراد بالكلاب فى قوله فى الكلاب ما يعم كل سبع عقور ذى ناب فليتأمل (قال المصنف دل عليه ما روينا من حديث عدى) أقول لكن لا دلالة فيه على عمومه جوارح الطيور بخلاف الآية

رضى

رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبي يوسف أنه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته وألحق بهما بعضهم الحدأة لخساسته والخنزير مستثنى لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال (تعليم الكلب أن يترك الاكل ثلاث مرات وتعليم البازي أن يرجع ويجيب اذا دعوته) وهو مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على أنه صار عادة له وهذا لان الثلاث مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار

قال صاحب العناية واستدل المصنف على صحة التأويل بعموم حديث عدي بن حاتم أقول لا صحة لهذا الكلام اذ لا يذهب على ذي مسكة أن ليس مقصود المصنف بيان صحة تأويل دون صحة تأويل آخر اذ لا تنافي بين التأويلين كما سيجيء في الكتاب وأيضا عموم حديث عدي لا ينافي التأويل الآخر وهو أن يكون الجوارح هي التي تجرح من الجراحة بل يوافقه أيضا فما معنى الاستدلال بعمومه على صحة تأويل دون آخر فالظاهر أن مراد المصنف بقوله دل عليه ما روينا من حديث عدي انما هو الاستدلال على تناول ما في الآية الكل بحديث عدي بن حاتم فالمعنى دل على تناول الكل ما رويناه من حديث عدي وبينه بقوله واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد لكن بقي شيء في كلام المصنف وهو أن المدعى جواز الاصطياد بكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فالمراد بالتناول في قوله فيتناول الكل بعمومه انما هو التناول لكل ما في المدعى ولا يخفى أن حديث عدي لا يدل عليه لانه لا يتناول جوارح الطيور وانما يتناول جوارح السباع على تقدير أن يراد بالكلب المذكور فيه كل ذي سبع دون النوع المعين المعروف (قوله لان ما تلونا من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال) أقول فيه نوع شبهة لان كون ما تلاه من الآية ناطقا بالتعليم وما رواه من الحديث ناطقا بالتعليم وبالارسال مما لا كلام فيه وأما كون ما تلاه من الآية ناطقا باشتراط التعليم وكون ما رواه من الحديث ناطقا باشتراط التعليم كما هو المدعى ههنا وباشتراط الارسال أيضا فليس بظاهر وانما يدل على الاشتراط المذكور بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا في الادلة الشرعية كما عرف (قوله ولان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه وأما الكلب فهو ألوف عادة يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مألوفه وهو الاكل والاستلاب)

(قوله قيل فيه نظر) أقول القائل صاحب النهاية وصاحب الكفاية وصاحب معراج الدراية (قوله وليس بوارد لانه انما ذكره فرقا بين البازي والكلب) أقول لا يخفى عليك ما في ذكره من التعداد والتركاكة فان كلا الدليلين لاثبات الفرق بين الكلب والبازي واذا عمم الكلب في الاول لسائر ذوات الناب ففي الثاني يكون كذلك ولعل الاولى أن يجاب بأنه لما كانت ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوفا مع أن في طبع غيره الالف أيضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذا ربي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطيور جعل الكل في حكم واحد في التعليم يعني أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتأمل (قال المصنف ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب) أقول يعني لا يمكن تعليمه بترك الاكل الا بالضرب حالة الاكل وجثته لا تحتمل الضرب فاما جثة الكلب فتحتمله (قال المصنف فيضرب ليتركه) أقول فان قيل وجوب ترك الاكل لصيرورة الكلب معلما انما هو لان آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة فلا بد من ملاحظة الدليل الثاني في اتمام الاول فيفوت استقلاله قلنا بل يثبت ذلك بقوله تعالى فكلوا مما أمسكن أي لم يأكلن اذ يعلم منه أن ترك الاكل شرط في حل أكل الصيد فلا تمس الحاجة الى تلك الملاحظة وفيه بحث اذ لا دلالة فيه على كون الامساك شرطا للتعليم كما لا يخفى على المتأمل والالم في الطير

كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخبار ولان الكثير هو الذي يقع أمارة على العلم دون القليل
والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدر بها وعند أبي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم
ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا
ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو أصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده
ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث
صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله أنه آية تعلمه عنده فكان هذا صيد
جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال
(واذا أرسل كلبه المعلم أو بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل
أكله) لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب أو البازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة
الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه
ناسيا حل أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من الآلة اليه
بالاستعمال

قال صاحب النهاية ولكن هذا الفرق لا يتأتى في الفهد والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه
وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج
الدراية وزعم صاحب العناية أنه ليس بوارد حيث قال قيل فيه نظر لان هذا الفرق لا يتأتى في الفهد
والنمر فانه متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول وليس بوارد لانه انما ذكره
فرقا بين الكلب والبازي لا غير وذلك صحيح واذا أريد الفرق عموما فالمعتمد هو الاول الى هنا لفظه أقول
ما قاله عذر بارد وتوجيه كاسد لان اسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع كما ذكره المصنف فيما مر
آنفا والظاهر أن المراد بالكلب في المدعى ههنا هو المعنى العام لكل سبع لا الكلب المخصوص والا يلزم
أن يترك بيان حال تعليم سائر السباع بالكلية فالمراد في التعليل أيضا هو الفرق عموما والذي يفيد الفرق
عموما هو التعليل الاول دون الثاني فالمعتمد هو الاول كما ذكر في عامة المعتبرات حتى المبسوط ثم ان بعض
الفضلاء بعد أن تنبه لما قاله صاحب العناية من الركاكة قال ولعل الاولى أن يجاب بأنه لما كانت
ذوات الناب كلها جنسا واحدا وكان أكثر ما يستعمل منها في الصيد ألوفا مع أن في طبع غيره الالف
أيضا على ما تراه في الذئب والاسد وغيرهما اذا ربي من صغره في البيت بخلاف جوارح الطير جعل
الكل في حكم واحد في التعليم يعني أدير حكم التعليم على جنس الكلب تيسيرا كما في نظائره فليتأمل
اه أقول ليس هذا أيضا بسديد اذ بعد ما تقرر أن الفهد والنمر مما لا يتأتى فيه الالف بل هما متوحشان
كالبازي لا يكون جعل أنواع الكلب كلها في حكم واحد وادارة حكم التعليل على جنس الكلب من
باب التيسير بل يكون من باب التعسير والتشديد بل يلزم اذ ذاك أن يحمل المتوحش على الالوف وهو
غير ميسر لا محالة ثم أقول بقي شئ في التعليل الاول أيضا وهو أنه قد ذكر في عامة المعتبرات أن شمس
الائمة السرخسي قال ناقلا عن شيخه شمس الائمة الحلواني للفهد خصال ينبغي لكل عاقل أن يأخذ
ذلك منه وعد منها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك
فقد ظهر منه أن تحمل بدن الفهد للضرب لا يجدي شيأ في حق تعليمه وقد كان مدار الفرق بين البازي
والكلب في التعليل الاول هو أن بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيرد عليه أن
مجرد احتمال بدن الكلب الضرب لا يفيد المدعى في حق الفهد اذ هو غير مؤثر في حق تعليمه فتأمل

وقوله (وفي بعض قصص الاخبار) قيل أراد به حكاية موسى مع الخضر عليهما الصلاة والسلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وقوله (كما هو أصله في جنسها) أي أصل أبي حنيفة رحمه الله في جنس المقادير بنحو حبس الغريم وحد التقادم وتقدير ما غلب في نزح ماء البئر المعينة وقوله (وله أنه آية تعلمه عنده) أي أن ترك الاكل علامة تعلمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيين امساكه الثالث على صاحبه واذا حكمنا أنه يمسكه على صاحبه وقد أخذه بعد ارسال صاحبه فيحل وقوله (فظاهر الرواية) يريد رواية الزيادات فانه قال لو قتل الكلب أو البازي الصيد من غير جرح لا يحل وأشار في الاصل الى أنه يحل والفتوى على ظاهر الرواية

(قال المصنف كما في مدة الخيار) أقول لا ينتهض هذا على مذهبهما

وفى ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة فى تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافى وفيه أخذ باليقين وعن أبى يوسف أنه لا يشترط رجوعا الى التأويل الاول وجوابه ما قلنا قال (فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وان أكل منه البازى أكل) والفرق ما بيناه فى دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدى رضى الله عنه

(قوله وفى ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة فى تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافى وفيه أخذ باليقين) وذلك لان النص اذا ورد فيه اختلاف المعانى فان كان بينهما تناف يثبت أحدهما بدليل يوجب ترجيحه لا الجميع وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا بالمتيقن كما فى قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لانه لا تنافى بينهما فكذا ههنا لا تنافى بين الكسب والجراحة كذا فى عامة الشروح قال صاحب الغاية فأقول على ما قالوا يلزمه عموم المشترك فى موضع الاثبات وهو فاسد انتهى وذكره صاحب العناية على وجه البسط والتوسيع حيث قال وفيه نظر لان الجرح اما أن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذى يحصل به الجراحة أو يكون حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله فى أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ الى هنا كلامه أقول يمكن الجواب عنه بأن مراد المصنف من قوله يحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه أنه يجمع فى الاعتبار والعمل بين كلا محتملى النص المذكور من التأويلين لعدم التنافى بينهما وفيه أخذ بالمتيقن اذ يوجد فى المجموع كل واحد منهما فأى منهما يراد فى النظم الشريف كان مأخوذا فى الاعتبار والعمل وليس مراده أن كلا التأويلين يرادان معا بلفظ النص المذكور حتى يلزم عموم المشترك فى الاثبات أو الجمع بين الحقيقة والمجاز وصاحب العناية لزعمه أن مرادهم هو الثانى قال فى تفسير قول المصنف فيحمل على الجارح الكاسب يعنى يجمع فى معنى الآية بين التأويلين وكان حق التفسير أن يقال يعنى يجمع فى الاعتبار والعمل بين التأويلين كما نبهت عليه آنفا وقال صاحب معراج الدراية ههنا فان قيل فيه جمع بين الحقيقة والمجاز أو عموم المشترك لان الجوارح اما أن تكون حقيقة فى الكواسب أو مجازا قلنا لا كذلك بل الجوارح أخص من الكواسب فلو كان المراد بالكواسب الجوارح لا يلزم ذلك انتهى أقول جوابه ليس بسديد لان كون الجوارح أخص من الكواسب لا يدفع لزوم المحذور المذكور فى السؤال اذ لا شك أن مفهوم الاخص يغاير مفهوم الاعم والا يلزم أن يكون الشئ أخص من نفسه وهو ظاهر البطلان ولا ريب ان اللفظ الواحد لا يطلق على المعنيين المتغايرين سواء كان أحدهما أخص من الآخر أم لا الا بطريق الاشتراك أو بطريق الحقيقة والمجاز فيلزم أحد المحذورين المذكورين فى السؤال قطعا على تقدير ارادتهما معا من لفظ واحد (قوله وهو مؤيد بما روينا من حديث عدى) أقول فى كلامه

وقوله (فى تاويل) يعنى غير ما أولناه أولا وهو قوله والجوارح الكواسب فى تأويل وذلك ما يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيحمل على الجارح الكاسب يعنى يجمع فى الآية بين التأويلين لعدم التنافى بينهما وذلك لان الاصل أن النص اذا أورد وفيه اختلاف المعانى فان كان بينهما تناف يحمل على أحدهما بدليل يوجب الترجيح وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع أخذا بالمتيقن كما فى قوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن قيل أريد به الحبل وقيل الحيض والصحيح أنهما مرادان لانه لا تنافى ههنا وفيه نظر لان الجرح اما أن يكون مشتركا بين الكسب والجرح الذى تحصل به الجراحة أو يكون حقيقة فى أحدهما مجازا فى الآخر والمشترك لا عموم له والجمع بين الحقيقة والمجاز عندنا لا يجوز بخلاف قوله تعالى ما خلق الله فى أرحامهن فانه لفظ عام يتناول الجميع بالتواطؤ وقوله (وفيه) أى فى الجارح الكاسب أخذ باليقين وقوله (رجوعا الى التأويل الاول) يعنى ما سبق من الكواسب وقوله (وجوابه ما قلنا) يعنى قوله لا منافاة بينهما وفيه أخذ باليقين

(قوله وفيه نظر) أقول سبق الى هذا النظر نظر الاتقانى (قوله والجرح التى) أقول الظاهر أن يقال والجرح الذى (قوله والجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز عندنا الخ) أقول ويمكن أن يجاب عن هذا النظر بحمل قوله على الجارح الكاسب على المجاز اما على طريقة ذكر السبب وارادة المسبب فيكون المراد اشتراط الجرح والكسب أو على طريقة الاستعارة التبعية فيه بأن يشبه الحمل على الجرح المستلزم للكسب بالحمل على كلا المعنيين فيستعار الثانى للاول ثم يشتق منه الفعل ولا يخفى عليك أولوية الحمل على الجرح من الحمل على الكسب لانطواء الاول على الثانى بدون العكس ويحتمل أن يجوز المصنف الجمع بين معنيى المشترك فى هذه الصورة كما جوز فى النفى على ما سيجئ فى الوصايا وعلل هنالك بعدم المنافاة أيضا (قال المصنف وهو مؤيد بما روينا) أقول جعله مؤيدا لا حجة أخرى لعدم وفائه بتمام المدعى

وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه (ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد) لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بأن لم يظفر صاحبه بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما

هذا ركاكة لان ضمير هو في قوله وهو مؤيد ان كان راجعا الى الفرق كما هو الظاهر من أسلوب تحريره رد عليه أن حديث عدي لا يفيد الفرق المذكور أصلا فانه انما يدل على أن لا يؤكل ما أكل منه الكلب ولا يدل على أن يؤكل ما أكل منه البازي وافادة الفرق انما تكون بالدلالة عليهما معا وان كان راجعا الى مضمون قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل كان حق قوله وهو مؤيد عبارة ويناسبه من حديث عدي أن يذكر عقيب قوله فان أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل ولما وسط بينهما قوله وان أكل منه البازي أكل وقوله والفرق ما بيناه في دلالة التعليم كان الكلام قلقا كما لا يخفى (قوله وهو حجة على مالك والشافعي في قوله القديم في اباحة ما أكل الكلب منه) فان قيل روى أبو ثعلبة الخشني رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال له في صيد الكلب كل وان أكل منه وذلك دليل واضح لهما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه كذا في العناية أخذا من النهاية أقول يرد على هذا الجواب أن قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم انما يدل على اباحة أكل ما لم يأكل منه الكلب ولا يدل على عدم اباحة أكل ما أكل منه الا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا كما عرف في علم الاصول فلم يتحقق التعارض بين ذلك الحديث وبين قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم حتى يلزم أن يترك العمل بالحديث لكونه خبر واحد لا يقال يحصل بهذا الجواب الزام الشافعي لان مفهوم المخالفة حجة عنده وهذا القدر كاف في صحة الجواب لانا نقول لا يحصل الزامه أيضا لان من يقول بكون المفهوم حجة لا ينكر أن المنطوق أقوى منه فلا يتحقق حكم التعارض عنده أيضا والحق عندي في الجواب عن أصل السؤال أن يقال حديث أبي ثعلبة معارض بحديث عدي وحديث عدي مرجح على حديث أبي ثعلبة لان حديثه يحل ما أكل منه الكلب وحديث عدي يحرمه وقد عرف في أصول الفقه أن المحرم يرجح على المحلل عند التعارض فيجعل ناسخا له فوجب العمل بحديث عدي دون حديث أبي ثعلبة (قوله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء) قال صاحب العناية أراد ماذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ أقول تفسير مراد المصنف بما ذكره هذا الشارح ليس بصحيح لان فيما ذكره المصنف بقوله يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ روايتين لا غير رواية عند أبي حنيفة وهي حل ما اصطاده ثالثا ورواية عند أبي يوسف ومحمد وهي عدم حل ذلك وقد قال المصنف ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها بصيغة الجمع فكيف يتصور أن يكون مراده ما ذهب اليه الشارح المذكور فالصواب أن مراد المصنف بقوله ههنا على اختلاف الروايات كما بيناها في الابتداء هو الاشارة الى ما ذكره فيما مر بقوله ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن أبي حنيفة الى آخر ما ذكره في تلك المسئلة فحينئذ تتحقق الروايات وتنتظم صيغة الجمع كما

منه وذلك دليل واضح لهما أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك عليهم أن لا يأكل منه وحين أكل منه دل على أنه أمسك على نفسه يؤيده قوله عليه السلام في حديث عدي فان أكل منه فلا تأكل لانه انما أمسك على نفسه وقوله (على اختلاف الروايات كما بيناها ابتداء) أراد ماذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ وقوله (وأما الصيود التي أخذها من قبل) واضح وحاصل ذلك في المحرز الذي لم يؤكل أن أبا حنيفة يحكم بجهله مستندا

(قوله أجيب بأنه خبر واحد لا يعارض قوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم فان الامساك الخ) أقول فيه بحث فانه لا دلالة في الآية على النهي عن الاكل على تقدير انتفاء الامساك ومفهوم المخالفة غير معتبر فأين المعارضة والمنطوق أقوى عند المعتبرين للمفهوم فلا يتحقق المعارضة أيضا (قوله أراد ماذكر أنه يحل عنده ما اصطاده ثالثا الخ) أقول فيه بحث بل الظاهر أن المراد ثبوت التعليم عنده عند غلبة ظن الصائد أنه معلم وفي رواية أخرى موافق لمذهبهما ثبوته بترك الاكل ثلاث مرات

هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا وله أنه آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فاذا أكل تبين أنه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء (ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده) لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد (ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل) لانه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له (ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها اليه فأكلها يؤكل ما بقي) لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا ألقى اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية (ولو نهس الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل) لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد (ولو ألقى ما نهسه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد) لانه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله

(قوله هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى) أقول الظاهر مما ذكره بعد هذا بقوله ولان فيما أحرزه الخ أن يكون المذكور ههنا دليلا تاما لهما فيرد عليه أنه لو تم لدل على أن لا تثبت الحرمة عندهما فيما كان غير محرز في المفازة أيضا بالجر بان هذا الدليل في ذلك أيضا مع أنه تثبت الحرمة فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف من قبل فتأمل (قوله وكذا اذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل منه لانه ما أكل من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاته) قال صاحب العناية وطولب بالفرق بين ما وثب فأخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله وأجيب بانه اذا لم يتعرض بالأكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء وأما اذا أكل قبل الاخذ كان ممسكا على نفسه انتهى كلامه أقول هذا الجواب لا يدفع المطالبة المذكورة لان حاصلها نقض ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة الوثبة من أنه ما أكل من الصيد بما اذا أكل بعد ما قتل فان ذلك التعليل متمش في صورة القتل أيضا اذ الصيد كما يخرج عن الصيدية بأخذ صاحبه يخرج أيضا بقتله فلم يتحقق الاكل من الصيد في الصورتين معا مع انهما مفترقان في الحكم وحاصل الجواب المذكور بيان فرق بينهما من جهة أخرى غير ما ذكره المصنف في التعليل ولا يذهب عليك أن ذلك لا يدفع ورود المطالبة المذكورة على ما ذكره المصنف في التعليل ولقد أحسن صاحب النهاية ههنا في التقرير حيث قال فوجه الفرق بين هذا وبين ما اذا أكل الكلب من الصيد بعد أن قتله قبل أن يأخذ الصائد حيث لا يؤكل وفي هذه الصورة وهي ما أكل منه بالوثبة بعد أخذ الصائد يؤكل وتعليل الكتاب ههنا بقوله لان ما أكل من الصيد شامل للصورتين ومع ذلك افترقتا في الحكم والاوجه فيه هو أن الفرق انما نشأ بينهما من حيث وجود الامساك لصاحبه وعدم الامساك له فههنا أي في مسئلة الوثبة لما لم يأكل من الصيد الى أن أخذه صاحبه قد تم امساكه على صاحبه وهنالك لما أكل من الصيد بعد قتله قبل أن يأخذه صاحبه علم انه انما

وهما يقولان بالاقتصار على ما أكل لان ما أحرزه المالك حكم بإباحته باجتهاد وقد حصل المقصود به وهو الاحراز فلا ينقض باجتهاد آخر مثله بعده والجواب ما قال وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود هو الاكل ومثل ذلك ينقض باجتهاد آخر كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء وما قال أبو حنيفة أقرب الى الاحتياط وعليه مبنى الحل والحرمة ولم يذكر ما اذا باع شيأ من صيوده المقدرة والحكم فيه كالذي فيه الخلاف اذا تصادق البائع والمشتري على جهالة الكلب وقوله (ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد) يعني بعد ما رجع الى صاحبه لم يؤكل وأما قبل الرجوع اليه فلا شبهة في حرمة ما صاده لانتفاء الارسال ومسئلة الوثبة في الكتاب معلومة وطولب بالفرق بين ما وثب فاخذ من صاحبه وأكل وبين ما أكل بعد ما قتل فان الصيد كما خرج عن الصيدية بأخذ صاحبه جاز أن يخرج أيضا بقتله وأجيب بأنه اذا لم يتعرض بالاكل حتى أخذه صاحبه دل أنه كان ممسكا على صاحبه وانتهاسه منه ومن لحم آخر في مخلاة صاحبه سواء وأما اذا أكل قبل الاخذ فقد كان ممسكا على نفسه

(قال المصنف لان الحرمة لا تنسى) أقول فيه بحث

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه الخ) المرسل ان أدرك الصيد حيا فلا يخلو اما أن تمكن من ذبحه أولا فان تمكن من ذبحه ولم يذبح حتى مات لم يؤكل سواء كانت الحياة فيه بينة أو خفية وان ذبح حل فى قول أصحابنا جميعا وكذلك حكم البازى والسهم وذلك لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل لان المقصود بالبدل اباحة الاكل ولم يثبت قبل موته والقدرة على الاصل قبل ذلك تبطل البدل وان لم يتمكن من ذبحه لعدم الآلة أو ضيق الوقت فاما أن يكون فيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح أولا فان كان لم يؤكل فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يؤكل وهو قول الشافعى رحمه الله لانه لم يقدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ الفرض أنه لم يتمكن من الذبح فصار كمن رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه ظاهر الرواية أنه ان لم يقدر حقيقة فقد قدر اعتبارا لانه تثبت يده على المذبوح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره أى اعتبار التمكن من الذبح لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح فمنهم من يتمكن فى ساعة ومنهم من لا يتمكن فى أكثر وما كان كذلك لا يدار الحكم عليه لعدم انضباطه فادير على ماذكرناه من ثبوت اليد على المذبح وان لم تكن الحياة فيه فوق ما تكون فى المذبوح بل كانت بمقدار ما يكون فيه ولم يذبح حتى مات أكل لانه ميت حكما ألا ترى انه لو وقع فى الماء وهو بهذه الصفة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح أى ليس بمحل للذبح فلم تثبت يده على الذبح ليقام مقام التمكن من الذبح وفصل بعض المشايخ فيما اذا كانت الحياة فيه فوق ما تكون أما فى المذبوح فقال ان كان عدم التمكن لفقد الآلة لم يؤكل لانه مفرط وان كان لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى والحسن بن زياد ومحمد بن مقاتل قالوا لم يقدر على الاصل ولم يفرط فكان حلالا وقلنا وقع فى يده وهو حى حقيقة وحكما فلم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار فان قيل وضع المسئلة فيما تكون الحياة فيه فوق ما تكون فى المذبوح فكيف يتصور ضيق الوقت عن الذبح أجيب بان المقدار الذى يكون فى المذبوح بمنزلة العدم لكون الصيد فى حكم الميت والزائد على ذلك قد لا يسع الذبح فكان عدم التمكن متصورا (وهذا) أى ماذكرنا من اقامة ثبوت اليد مقام التمكن حتى لا يحل بدون الذكاة فيما اذا كان بقاؤه متوهما

قال (وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازى والسهم) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم تثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح لم يؤكل فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يحل وهو قول الشافعى لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى الماء ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح فأدير الحكم على ماذكرنا بخلاف ما اذا بقى فيه من الحياة مثل ما يبقى فى المذبوح لانه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيها تفصيلا وهو أنه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن بضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعى لانه اذا وقع فى يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه

أمسكه لنفسه لا لصاحبه فخرج به من أن يكون معلما انتهى فانه طعن فى التعليل المذكور فى الكتاب بشموله للصورتين مع افتراقهما فى الحكم وبين وجها آخر فارقا بينهما وعده أوجه لكونه سالما عن ورود المطالبة بالفرق بينهما ثم أقول التحقيق ان المطالبة بالفرق بين تينك المسئلتين ساقطة عما ذكر فى الكتاب أيضا لان المصنف تدارك دفعها بقوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية فان وجه بقاء الصيدية فيه على ما صرح به الشراح هو أن الصيد اسم لمتوحش غير محرز فقد زال التوحش بالقتل وبقى عدم الاحراز قبل أن يحرزه المالك فما بقى شئ من آثار الصيد ولوازمه يبقى حكم الصيدية فيه فظهر الفرق بين مسئلة الوثبة وبين ما اذا أكله بعد أن قتله قبل أن يأخذه الصائد تأمل ترشد (قوله وان أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه وان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازى والسهم) اعلم ان قوله وان أدرك المرسل الى قوله حتى مات لم يؤكل عبارة القدورى فى مختصره وقوله وكذا البازى والسهم زيادة من المصنف فأقول هذه الزيادة من المصنف ههنا أمر زائد مستغنى عنه جدا عندى أما قوله وكذا البازى فظاهر لان قول القدورى وان أدرك المرسل الصيد حيا يتناول صيد الكلب وصيد البازى وليس فيه شئ يقتضى اختصاصه بالاول فلا حاجة الى ذكر قوله وكذا البازى بل لا وجه له وأما قوله والسهم فلان حكم مسئلة السهم سيجئ فى باب الرمى مفصلا ألا ترى الى قوله هناك واذا سمى الرجل عند الرمى أكل ما أصاب اذا جرح السهم فمات وان أدركه حيا ذكاه

(قوله أو خفية) أقول المراد بالحياة الخفية ههنا ما هو فوق حياة المذبوح لا ما هو مثلها أو دونها والا لا تجب الذكاة كما يجئ

أما اذا شق الكلب المعلم بطنه وأخرج مافيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يدركه حل لان مابقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت
شاة في الماء بعد ماذبحت (وقيل) هو قول أبي بكر الرازي (هذا قولهما أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يؤكل هذا أيضا
لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية) أي اعتبارا بها (هذا الذي ذكرنا) انه لا يؤكل عنده اذا شق بطنه
وأخرج مافيه (اذا ترك التذكية فأما اذا ذكاه فقد حل أكله عنده رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر) أي شق
(الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة) اذا ذبح حل عنده

(وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ماذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل) وعند أبي يوسف لابد من حياة بينة وهي أن يكون بحال يعيش مثله فأما اذا لم يكن كذلك فلا يحل أكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد لابد من حياة بينة وهو أن يكون بحال يعيش فوق مايعيش المذبوح فان كان كذلك حل أكله والا فلا (لانه لامعتبر بهذه الحياة على ماقررناه) اشارة الى قوله لانه ميت حكما وقيل الى قوله لان مابقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقوله (ولو أدركه ولم يأخذه) يريد أن المسائل المتقدمة كانت فيما أخذه الصائد وههنا أدركه ولم يأخذه وقوله (على ماذكرناه) اشارة الى قوله لانه وقع في يده حيا قوله (واذا أرسل كلبه المعلم على صيد) يعني صيدا معينا (فأخذه غيره حل) يعني مادام في وجه ارساله وقوله (ولنا أنه) أي شرط التعيين
(شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد) والجميع بالنسبة الى هذا المقصود سواء فان قيل قد يكون مقصوده صيدا معينا
أجيب بأنه متعذر اذ لا يقدر الصائد أو الكلب على الوفاء بذلك حيث لا يمكن تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره وقوله
(على مابيناه) يعني في أوائل كتاب الذبائح حيث قال تشترط عند الارسال والرمي وقوله (ولهذا تشترط التسمية عنده) أي
عند الارسال

أما اذا شق بطنه وأخرج مافيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان مابقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر
كما اذا وقعت شاة في الماء بعد ماذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة فلا يؤكل أيضا لانه وقع
في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على مانذكره ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا
اذا ترك التذكية فلو أنه ذكاه حل أكله عند أبي حنيفة وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب
بطنه وفيه حياة خفية أو بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ماذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل
وعند أبي يوسف اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش
فوق مايعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لامعتبر بهذه الحياة على ماقررناه (ولو أدركه ولم يأخذه
فان كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل) لانه صار في حكم المقدور عليه (وان كان لا يمكنه
ذبحه أكل) لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد (وان أدركه فذكاه حل له) لانه
ان كان فيه حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعند
أبي حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح على ماذكرناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح (واذا أرسل
كلبه المعلم على صيد وأخذ غيره حل) وقال مالك لا يحل لانه أخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص
بالمشار اليه ولنا أنه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه
تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره (ولو أرسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال
فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة) لان الذبح يقع بالارسال على مابيناه ولهذا تشترط التسمية
عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير
مذبوحة بفعل غير الاول فلابد من تسمية أخرى حتى لو أضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما مرة
واحدة تحلان بتسمية واحدة (ومن أرسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل)

انتهى فلا حاجة الى بيانه ههنا (قوله وقال محمد ان كان يعيش فوق مايعيش المذبوح يحل والا فلا
لانه لامعتبر بهذه الحياة على ماقررناه) قال صاحب النهاية والكفاية أراد بقوله ماقررناه قوله لان مابقي
اضطراب المذبوح فلا يعتبر وقال صاحب الغاية والعناية أشار بذلك الى قوله لانه ميت حكما أقول الحق
ماقاله الشارحان الاخيران لان قوله لان مابقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر تعليل لحكم أكل ماشق بطنه
وأخرج مافيه ثم وقع في يد صاحبه ولم يفرق أحد في تلك الصورة بين مايعيش فوق مايعيش المذبوح
وبين مالا يعيش فوق ذلك بل جعلوا كلها مما بقي فيه اضطراب المذبوح وفيما نحن فيه فرق محمد بينهما
وقوله لانه لامعتبر بهذه الحياة تعليل لحكم أحدهما وهو مالا يعيش فوق مايعيش المذبوح فكيف
يتم أن يريد بقوله في ذيل هذا التعليل على ماقررناه مايعمهما معا بخلاف قوله لانه ميت حكما لانه تعليل
لحل أكل مابقي فيه من الحياة مثل مابقي في المذبوح لا فوق مايبقى في المذبوح ومالا يبقى فيه من الحياة
فوق مايبقى في المذبوح مما لا يعيش فوق مايعيش المذبوح فتنتظم الاشارة اليه ههنا بقوله على ماقررناه

وقوله (فيغلب جانب الحرمة نصا) أى بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال وههنا ثلاثة فصول أحدها ما اشترك فيه الكلبان فى الاخذ والجرح وفيه الحرمة لما رويناه والثانى ما اشتركا فيه فى الاخذ دون الجرح وفيه الكراهة لان جهة الحل أرجح لان المعلم تفرد بالجرح والثالث ما لم يشتركا فى شئ لكن الثانى أشد أى حمل على الاول حتى اشتد على الصيد وفيه الاباحة لان الثانى لم يشارك الاول فى شئ من الصيد وانما أثر فى الكلب المرسل دون الصيد فكان فعله تبعا لفعل الاول لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع قال (واذا أرسل المسلم الخ) الاصل فى هذا أن الفعل يرفع بالاقوى والمساوى دون الادنى فاذا أرسل المسلم كلبه وزجره أى أغراه المجوسى حل أكله لعدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دونه لبنائه عليه ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بأن الجزاء فى المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى (واذا أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل كذلك ولهذا) أى ولان الزجر دون الارسال (لم يثبت به) أى بالزجر (شبهة الحرمة) يعنى فى الصورة الاولى مع أن الحرمة أسرع ثبوتا لغلبة الحرمة على الحل دائما فأولى أن لا يثبت به الحل يعنى بزجر المسلم (وان

لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال (وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو أخذ الكلب صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله وقد أرسله صاحبه أكلا جميعا) لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فأصابه وأصاب آخر (ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثانى) لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف ما تقدم (ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شئ ثم اتبع الصيد فأخذه وقتله فانه يؤكل) وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للتمكين لما بيناه فى الكلب (ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله انسان أم لا لا يؤكل) لوقوع الشك فى الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال (وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل) لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على أنه لا يحل بالكسر وعن أبى حنيفة أنه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لانه جراحة باطنة فهى كالجراحة الظاهرة وجه الاول أن المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فأشبه التخنيق قال (وان شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل) لما روينا فى حديث عدى رضى الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا أو احتياطا (ولو رده عليه الكلب الثانى ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره أكله) لوجود المشاركة فى الاخذ وفقدها فى الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسى بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلى الكلبين لوجود المجانسة (ولو لم يرده الكلب الثانى على الاول لكنه أشد على الاول حتى اشتد على الصيد فأخذه وقتله لا بأس بأكله) لان فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال (واذا أرسل المسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر بزجره فلا بأس بصيده) والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما فى نسخ الآى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال (ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر بزجره لم يؤكل) لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل وكل من لا تجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى

تدبر تفهم (قوله ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله كما فى نسخ الآى والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال بعض الفضلاء لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة فى اثبات الحرمة أو شبهها انتهى أقول ليس هذا بوارد لان الارسال أصل والزجر تبع والتبع لا يعد مشاركا للاصل فى ترتب الحكم وقد أشار اليه المصنف فى تعليل المسئلة السابقة حيث قال لان فعل الثانى أثر فى الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع انتهى ولئن سلم مشاركة الزجر للارسال فلا نسلم كفاية مجرد المشاركة فى اثبات الحرمة أو شبهها بل لابد من أن يكون اللاحق وهو الزجر ههنا أقوى من السابق أو مساويا له حتى يرفع به السابق وأما اذا كان أدنى منه فلا تأثير له فى الحكم وقد أشار اليه المصنف فى تعليل المسئلة اللاحقة حيث قال لان الزجر دون الارسال ولهذا لم تثبت به شبهة الحرمة فأولى أن لا يثبت به الحل انتهى قال

(قال المصنف ووجهه أن الفعل يرفع بما هو فوقه أو مثله) أقول لك أن تقول لا تمس الحاجة الى الرفع بل تكفى المشاركة فى اثبات الحرمة أو شبهها (قوله ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء) أقول ولو لم يعتبر الزجر لم يجب الجزاء

وقوله (لان الزجر مثل الانفلات) يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال وقوله (لانه ان كان دونه) يعني أن الانزجار ان كان دون الانفلات من حيث كونه بناء عليه فهو فوقه من حيث كونه فعل المكلف فاستويا فصلح الزجر ناسخا وهو متأخر فيجعل ناسخا وقوله (وقذه) أي جرحه جراحة أثخنته وقوله (لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح) دليل المسئلة وهو يشير الى الجواب عما يقال الضربة الثانية التي قتل الكلب بها الصيد انما حصلت بعد الاثخان الذي أخرجه من الصيدية فكان الواجب أن لا يحل أكله لان الصيد بعد الاثخان ملحق بالدواجن فيحل بالذبح لا بضرب

(وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر فأخذ الصيد فلا بأس بأكله) لان الزجر مثل الانفلات لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا (ولو أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه ثم ضربه فقتله أكل وكذا اذا أرسل كلبين فوقذه أحدهما ثم قتله الآخر أكل) لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا (ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه أحدهما وقتله الآخر أكل) لما بينا (والملك للاول) لان الاول أخرجه عن حد الصيدية الا أن الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

﴿فصل﴾ في الرمي (ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبا أو بازيا عليه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب) أي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أنه خص من ذلك الخنزير لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة

في العناية ونوقض بالمحرم اذا زجر كلب حلال فانه يجب عليه الجزاء وأجيب بان الجزاء في المحرم بدلالة النص فانه أوجب عليه الجزاء بما هو دونه وهو الدلالة فوجب بالزجر بطريق الاولى انتهى أقول لقائل أن يقول هذا الجواب لا يدفع النقض المذكور بل يقويه فانه اذا ثبت بدلالة النص وجوب الجزاء على المحرم اذا زجر كلب حلال عند ارساله تقرر أن ينتقض به الاصل الذي ذكروه من عدم اعتبار الزجر عند الارسال لكون الزجر دون الارسال ويمكن أن يقال المراد من الجواب المذكور أن الاصل الذي ذكروه انما هو على موجب القياس ووجوب الجزاء على المحرم في الصورة المذكورة انما ثبت بدلالة النص على خلاف القياس بناء على أن القياس يترك بالنص وهذا لا يقدح في كلية الاصل المذكور المبني على القياس فتفكر (قوله وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر وأخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانفلات) قال جمهور الشراح يعني من حيث ان كل واحد غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال انتهى أقول ليس هذا الشرح بسديد عندي اذ لم يكن الكلام فيما سبق في كون الفعل الغير المشروط في حل الصيد مرفوعا بما هو مشروط في حله أو بما هو مثله بل كان الكلام في كون الفعل مرفوعا بما هو فوقه في القوة أو بما هو مثله فيها كما في نسخ الآي فالوجه ههنا أن يقال يعني أن الزجر مثل الانفلات في القوة والضعف وتعليل المصنف اياه بقوله لانه ان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا بمنزلة الصريح فيما قلناه تبصر

﴿فصل في الرمي﴾ لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية

الكلب وجوابه أنه تعذر رفعه وما تعذر رفعه تقرر عفوه وقوله (بجرح الكلب الاول) يعني انه لا يؤكل لان الصيد بعد أن خرج عن الصيدية كانت ذكاته بعد الذبح في المذبح لا بجرح الكلب فجرح الكلب في مثله يوجب الحرمة ولما اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة غلب الحرمة والله أعلم

﴿فصل في الرمي﴾

لما فرغ من بيان حكم الآلة الحيوانية شرع في بيان حكم الآلة الجمادية والحس الصوت الخفي (ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه أو أرسل كلبه أو بازيه فأصاب صيدا) ظبيا مثلا فان تبين أن المسموع حسه آدمي أو بقر أو شاة لم يحل الظبي المصاب مثلا في قولهم جميعا لانه أرسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كأنه رمى الى آدمي عالما به فأصاب صيدا فانه لا يؤكل (وان تبين أن المسموع حسه صيد حل المصاب أي صيد كان) المسموع حسه يعني سواء كان مأكول اللحم أو لم يكن (لانه قصد الاصطياد وعن أبي يوسف أن المسموع حسه اذا ظهر خنزيرا لم يحل أكل الصيد المصاب لتغليظ التحريم ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف سائر السباع) لانه أي الاصطياد (يؤثر في جلدها وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه (ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة) فكان هو والآدمي سواء

﴿فصل في الرمي﴾ (قال المصنف لان الارسال فيه ليس للاباحة) أقول الاظهر أن يقال لان الرمي لان الفصل فصله

(ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول) وما هو كذلك فالمأكول وغيره بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا اذ الاصطياد فعل مباح في نفسه يفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم يقبلها كما اذا كان خنزيرا لم تثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله تثبت اباحة تناوله لغير السباع من البهائم والطيور وان كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحة جلده فثبت أن فعله وقع اصطيادا واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بمخرج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا كان كأنه رمى الى صيد فأصاب غيره وقوله (وان تبين أنه حس آدمي) قدمناه آنفا وقوله (لان الفعل ليس باصطياد) اذ الاصطياد عبارة عن تحصيل متوحش وعلى هذا فالداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق أي المشدود بالوثاق بمنزلته أي بمنزلة الآدمي لما بينا أن الفعل ليس باصطياد ثم اذا جهل توحش المقصود برميه يعتبر فيه الاصل وعلى هذا تخرج المسئلتان المذكورتان في الكتاب وقوله (وفي أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما) يشير الى أن كون ما تبين حسه من الصيود من

شرطه أن يكون حل أكله مشروطا بالذبح حتى لو سمع حسا فظنه صيدا فرماه فأصاب ظبيا ثم تبين أن المسموع حسه سمكة لم يؤكل الصيد ولو سمع حسا وظنه آدميا ورماه فأصاب المسموع حسه وهو صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعين كونه صيدا فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين التي تقدمت وهي أن من سمع حسا ظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا ثم تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب مع أنه لم يقصد رمي الآدمي وفي هذه المسئلة قصد رمي الآدمي ورمي الآدمي ليس باصطياد وقد حل المصاب والقياس اما شمول الحل أو شمول عدمه أو انعكاس الجواب في المسئلتين وذلك

ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى الى صيد فأصاب غيره (وان تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي لا يحل المصاب) لان الفعل ليس باصطياد (والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته) لما بينا (ولو رمى الى طائر فأصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو أو غير وحشي حل الصيد) لان الظاهر فيه التوحش (ولو رمى الى بعير فأصاب صيدا ولا يدري ناد هو أم لا لا يحل الصيد) لان الاصل فيه الاستئناس (ولو رمى الى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف) لانه صيد وفي أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما (ولو رمى فأصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل) لانه لا معتبر بظنه مع تعينه (فاذا سمى الرجل عند الرمي أكل ما أصاب اذا جرح السهم فمات) لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال (واذا أدركه حيا ذكاه) وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده

وقد مر وجه تقديم الاول (قوله والظبي الموثق بمنزلته) قال أكثر الشراح منهم صاحب العناية أي بمنزلة الآدمي أقول هذا التفسير ليس بجيد اذ الظاهر أن الظبي الموثق بمنزلة الحيوان الاهلي دون الآدمي اذ لا مناسبة بين الانسان والحيوان بخلاف الحيوانين فان قلت المراد بكون الظبي الموثق بمنزلة الآدمي مجرد كونه غير صيد كالآدمي لا الاشتراك في جميع الاوصاف فلا محذور في جعله بمنزلة الآدمي قلت لو كان مراد المصنف هذا المعنى لقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت والظبي الموثق بمنزلته اذ لا فرق بينهما في مجرد كونهما غير صيد ولما فصل بينهما فقال والطير الداجن الذي يأوي البيوت أهلي والظبي الموثق بمنزلته علم أن المراد ليس مجرد أن لا يكون صيدا بل الاشتراك في بعض الاحوال أيضا فالوجه في تفسير قول المصنف والظبي الموثق بمنزلته ما ذكره صاحب الغاية حيث قال أي الظبي

أنه لما حل المصاب مع اقتران ظنه بأنه آدمي ففيما اذا اقترن ظنه بأنه صيد أولى أو لانه لم يقع فعله اصطيادا نظرا الى قصده فلا يحل المصاب ههنا وحل هنالك لذلك أجيب بأن الفرق ما أشار اليه بقوله لانه لا معتبر بظنه مع تعينه أي تعين كونه صيدا وبيانه أن في المسئلة الاولى أصاب سهمه غير المسموع حسه والمسموع حسه ليس بصيد فكان فعله متوجها الى غير الصيد نظرا الى فعله الذي توجه للمسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وحل الصيد انما يحصل بوجود فعل الاصطياد فلم يحل أكله لانعدام فعل الاصطياد وأما ههنا فسهمه أصاب عين المسموع حسه وعينه صيد فكان الفعل واقعا على الصيد وهو الاصطياد بحقيقته فلما وجد الاصطياد بحقيقته لم يعتبر ظنه ذلك المخالف لفعله الذي هو اصطياد بحقيقته والظن اذا وقع مخالفا الحقيقة فعله كان الظن لغوا فيحل أكل المصاب لوجود فعل الاصطياد وقوله (على ما بيناه) يعني في فصل الجوارح بقوله ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية الخ

(قوله والظبي الموثق أي المشدود بمنزلته أي بمنزلة الآدمي) أقول ولعل الاولى أي بمنزلة الاهلي (قوله نظرا الى فعله الذي توجه الى المسموع حسه وهو ليس بصيد) أقول فكان ظنه هنا أيضا مخالفا الحقيقة فعله فلا يعتبر الظن فلا يكون فعله صيدا

وقوله (فتحامل) التحامل فى المشى ان يتكلفه على مشقة واعياء يقال تحاملت فى المشى وقوله (حتى أصابه ميتاً أ كل) قيل اذا وجده وفيه جراحة سهمه لاغير وأما اذا وجده وفيه جراحة أخرى فلابس له أن يأ كله ترك الطلب أولم يترك كما يجيء لانه ظهر لموته شيآن أحدهما يوجب الحل والآخر يوجب الحرمة فيغلب الموجب للحرمة وقال الشافعي يؤ كل لانه ظهر لموته سبب وهوما كان معه من الرمى والحكم متى ظهر عقيب سبب يحال عليه كالو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا قلنا لما وجد فيه جرح غيره كان القتل منه موهوما والموهوم فى هذا كالمتحقق لقوله صلى الله عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته قاله حين أهدى رجل اليه عليه السلام صيدا فقال من أين لك هذا قال كنت رميته بالامس وكنت فى طلبه حتى حال بينى وبينه ظلمة الليل ثم وجدته اليوم ميتا وفيه مزراقى وهو الزمح الصغير فقال عليه الصلاة والسلام لا أدرى لعل هوام الارض قتلته الحديث وهو كما يدل على حرمة ذلك يدل على حرمة ما اذا قعد عن طلبه ثم وجده ميتا وقوله (ولان احتمال الموت) دليل معقول على ذلك فان قيل هذا الاحتمال باق اذا كان فى طلبه أيضا أجاب بقوله الا أنا أسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة أن الاصطياد لا يعرى عن ذلك ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان الاحتراز عن توار يكون بسبب عمله وقوله (والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ماتوارى عنه اذا لم يبت يحل) يعنى وان رأى فيه أثر سبع واحتج على ذلك بأنه سمع أهل العلم كذلك وكانه بنى الأمر على الغالب لانه اذا بات عنه قعد عن طلبه غالبا ووجه كون ما رويناه حجة عليه انه كره أ كل الصيد اذا غاب عن الرامى فان قيل ان كان ماروى عنه عليه السلام من كراهته أ كل الصيد اذا غاب عن الرامى حجة عليه فقوله عليه الصلاة والسلام لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر من قصته فانه عليه الصلاة والسلام قاله لمن حال بينه وبين الصيد ظلمة الليل فالجواب أن الاصل أن خصوص السبب غير معتبر واعتبار قتل الهوام عند الغيبة موجود فيكون حراما

قال (واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتاً أ كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤ كل) لما روى عن النبى عليه السلام أنه كره أ كل الصيد اذا غاب عن الرامى وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغى أن يحل أ كله لان الموهوم فى هذا كالمتحقق لما روينا الا أنا أسقطنا اعتباره مادام فى طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ماتوارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لم يحل

المقيد بمنزلة الطير الداجن الذى يأوى البيوت انتهى (قوله واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتاً أ كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤ كل) قال الزيلعى فى شرح الكنز وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما كل ما أصميت ودع الموهوم كالمتحقق لما روينا) أقول فلا يكون هذا دليلا مستقلا (قال المصنف والذى رويناه حجة على مالك فى قوله ان ماتوارى عنه اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل) أقول وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذى رويناه حجة على مالك فى قوله وان توارى عنه اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله فى أول المسئلة واذا وقع الصيد بالسهم فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتاً أ كل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤ كل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا أ كثر كتب فقه أصحابنا ولو حمل ماذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر كذا فى شرح الزيلعى أما نص عبارة قاضيخان فهى والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون فى طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره الخ انتهى ونحن نقول ليس فيه جعل عدم التوارى شرطا بخصوصه كما ترى وما يدل عليه تعليله الذى ذكره من كونه شرطا بخصوصه فأمره سهل اذ المراد اذا غاب عن بصره وهو قاعد عن طلبه بقرينة وضع المسئلة وأما اذا لم يقعد ففيه ضرورة فليتأمل وراجع النهاية فانه ذكر حديث ابن عباس رضى الله عنهما (قوله ووجه كون ما رويناه حجة عليه أنه كره أ كل الصيد الخ) أقول فيه بحث (قوله فقوله صلى الله تعالى عليه وسلم لعل هوام الارض قتلته حجة له على ما مر) أقول فيه بحث لانه حجة عليه حيث أحله وان رأى فيه أثر سبع فان احتمال قتل الهوام مع أنه لا جراحة فيه اذا كان محرما ففيما اذا وجدت الجراحة أولى أن يكون محرما والظاهر أن يقول فكراهته صلى الله عليه وسلم لصيد من حال بينه وبين صيده ظلمة الليل حجة له

(قوله كالو جرح انسانا فلم يزل صاحب فراش حتى مات يجعل قاتلا) أقول لم يظهر فيما ذكره للموت سبب آخر غير الجرح بخلاف المسئلة المذكورة (قوله وهو كما يدل على حرمة ذلك الخ) أقول فى دلالته على التحريم كلام ثم قوله على حرمة ذلك أى حرمة ما فيه جراحة أخرى (قوله لان

(ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل) لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب فى ارسال الكلب فى هذا كالجواب فى الرمى فى جميع ماذكرناه قال (واذا رمى صيدا فوقع فى الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل) لانه المتردية وهى حرام بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمى اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدى رضى الله عنه وان وقعت رميتك فى الماء فلا تأكل فانك لا تدرى أن الماء قتله أو سهمك (وان وقع على الارض ابتداء أكل) لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفى اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل أن سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وأمكن التحرز عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو على قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الاشياء قتله ومما لا يمكن الاحتراز عنه اذا وقع على الارض كما ذكرناه أو على ما هو فى معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر فى المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد وحمل مطلق المروى فى الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الائمة السرخسى رحمه الله على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروى فى الاصل على أنه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليها وذلك عفو وهذا أصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لا تنغمس فى الماء أكل وان انغمست لا يؤكل

ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه الزيلعى فان الامام قاضيخان لم يجعل فى فتاواه من شرط حل الصيد عدم التوارى عن بصره بخصوصه بل جعل من شرط ذلك أحد الامرين عدم التوارى عن بصره وعدم القعود عن طلبه حيث قال والسابع يعنى الشرط السابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه فيكون فى طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك انتهى ولا شك أن قوله والسابع أن لا يتوارى عن بصره أو لا يقعد عن طلبه نص على أن الصيد لا يحرم بمجرد التوارى عن بصره اذا لم يقعد عن طلبه بل انما يحرم بالتوارى عن بصره والقعود عن طلبه معا وأما قوله لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل فالظاهر أن المراد به أنه اذا غاب عن بصره وقعد عن طلبه بقرينة سياق كلامه وأما اذا لم يقعد عن طلبه فيعذر فيه للضرورة لعدم امكان التحرز عن توارى الصيد عن بصر الرامى فكان فى اعتبار عدم التوارى مطلقا حرج عظيم والحرج مدفوع بالنص وقد أشار اليه المصنف بقوله الا انا أسقطنا اعتباره ما دام فى طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله وذكر فى الشروح والكافى انه صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال صلى الله عليه وسلم دعوه فسيأتى صاحبه فجاء رجل فقال هذه رميتى وأنا فى طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمها بين الرفاق انتهى (قوله وان وقع على الارض ابتداء أكل) قال فى العناية أخذا من النهاية يعنى اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجىء انتهى أقول هذا التقييد مستغنى عنه بالكلية ههنا اذ الظاهر أن الوقوع على

وقوله (ولو وجد به جراحة) قدمناه والخلاف فيه وقوله (لانه موهوم يمكن الاحتراز عنه) لان الصيد قد يخلو عن رمى الغير فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام فان الاحتراز عنه غير ممكن لان الصيد لا بد أن يقع على الارض والارض لا تخلو عنها فلا يجعل محرما اذا لم يقعد عن الطلب قال (واذا رمى صيدا فوقع فى الماء الخ) كلامه واضح وهو فى المعنى مقيد بأن لا يكون الجرح مهلكا فى الحال على ما سيأتى قوله (وكذا السقوط من عال) وهو فى بعض النسخ من علو وهو لغة فى الاول مضموما ومفتوحا ومكسورا وقوله (وان وقع على الارض ابتداء أكل) يعنى اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصبة المنصوبة على ما سيجىء (وقوله وذكر فى المنتقى) يريد بيان ما وقع من الاختلاف بين رواية الاصل وهى قوله أو صخرة فاستقر عليها وبين رواية المنتقى وصحح الحاكم رواية المنتقى وحمل المطلق المروى فى الاصل من قوله فاستقر عليها على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسى رواية المنتقى على ما أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروى فى الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو كما اذا وقع على الارض وانشق بطنه وفى الجملة فالمس فى المسئلة روايتان وهذا أى ما فعله شمس الائمة أصح لان المذكور فى الاصل مطلق فيجرى على اطلاقه وحمله على غير حالة الانشقاق يحوج الى الفرق بين الجبل والارض فى الانشقاق فانه لو انشق بوقوعه على الارض أكل وقد ذكرنا أنه فى معناه كما

كما اذاوقـع فى الماء قال (وما أصابه المعراض بعرضه لم يؤ كل وان جرحه يؤكل) لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأ كل ولانه لابد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ماقدمناه قال (ولا يؤ كل ما أصابته البندقة فمات بها) لانها تدق وتكسر ولا تجـرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذلك ان رماه بحجر وكذا ان جرحـه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا و به حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا و به حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طو يلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشـك أو لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا أو بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدّة يبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل فى هذه المسائل أن الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقـين كان الصيد حـلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقـين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده فجرحه حل وان أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغـيره فيه سواء ولو رماه فجـرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحـة صغيرة أو كبيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ أو غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماه حل والا فلا وهـذا يؤيد بعض ماذكرناه قال (واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد) لما بينـاه (ولا يؤ كل العضو) وقال الشافعى رحمه الله أكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان

نحو حـد الرمح والقصبة المنصوبة ليس بوقوع على الارض ولهـذا جعـل المصنف الاول قسيما للثانى فيما سيجىء وعـد الاول مما يمكن التحرز عنه والثانى مما لا يمكن التحرز عنه فلا يحتمل أن يتناول قوله ههنا وان وقع على الارض ابتداء ماوقع على نحو حـد الرمح والقصبة المنصوبة حتى يحتاج الى أن يقال يعنى اذا لم يكن على الارض ما يقتله كحد الرمح والقصـبة المنصوبة على ماسيجىء (قوله وان لم يكن مدميا فكذلك عنـد بعض المتأخرين سواء كانت الجراحـة صـغيرة أو كبـيرة لان الدم قـد يحتبس لضـيق المنفـذ أو غلظ الدم) أقول يرد على ظاهر هـذا التعليـل أنه قد تقرر فى كتاب الذبائح أن المقصود بالذبح هو اخراج الدم النجس وان الجرح فى أى موضـع كان من البـدن ذبح اضطرارى يصار اليه عند العجز عن الذبح الاختيارى وهو الجرح فيما بين اللبة واللحيين وان فى كل من الذبحين اخراج الدم الا ان الاختيارى أعمل فيه من الاضطرارى فكون الدم محتبسا لضيق المنفذ أو غلظ الدم لا يقتضى حل أكل المجروح بالرمى بدون الادماء بل يقتضى حرمتـه بنـاء على عـدم حصول المقصود بالذبح ويمكن الجواب بان معنى هـذا التعليـل أن الدم قـد يحتبس لضيق المنفـذ أو غلظ الدم فلا يمكن اخراجـه ففى اعتبار الادماء حرج فاكتفى بما هو سببه فى الغالب وهو الجرح فتأمل (قوله وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله صلى الله عليه وسـلم ما انهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار) أقول للمانع أن يمنع دلالة الحديث المذكور على شرط الانهار بناء على عـدم القول بمفهوم المخالفـة تدبر تفهم وطعن فيه صاحب الغاية

وقوله (كما اذا وقع) أى غير المائى (فى الماء) وقوله (وما أصاب المعراض بعرضه) المعراض سهم لا ريش له يمضى عرضا فيصيب بعرضه لا بحده والبندقة طينة مـدورة يرمى بها وقوله (اذا لم يخرق) بالزاى المعجمة خرق المعراض أى نفذ و بالراء المهملة خطأ وقوله (وكذلك ان جرحه) يعنى اذا رماه بحجر فجرحه فان كان ثقيلا و به حـدة قالوا لا يؤ كل لاحتمال أن قتله بثقـله وان كان خفيفا وبه حـدة أ كل والمـروة حجر أبيض رقيـق كالسـكين يذبح به واللهـم يستعمل عقيبه الا اذا كان المستثنى عزيزا نادرا ايذانا بأنه بلغ فى النـدرة حد الشـذوذ وقوله (قيل لا يحل) هو قول أبى القاسم الصـفار ووجهـه أن الدم النجس لم يسل فلا يكون بمعنى الذبح وقيل يحل وهو قول أبى بكر الاسكاف لوجود الذكاة بين اللبـة واللحيـين والدم قد يحتبس لغلظه أو لضـيق المنفذ وقوله (وهذا يؤيد بعض ماذكرناه) يريد به قول أبى القاسم الصـفار فانه شرط سـيلان الدم قال (وان رمى صـيدا الخ) اذا قطع بالرمى عضوا من الصيد أ كل الصيد لما بينا ان الرمى مع الجرح مبيح وقد وجد ولا يؤ كل العضو ان أمكن حياته بعـد الابانة وان لم يمكن أ كلا وقال الشافـعى وهو مذهب ابن أبى ليلى ان مات الصـيد منه أ كل لانه مبان بذكاة الاضطرار وكل ما كان كذلك حـل المبان

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار الخ) أقول قال الاتقانى وهـذا ضعيف عنـدى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذكاة الاضـطرار كما لا يشـترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانهار انتهى وفيه بحث اذ لا ملازمة بينهما وعدم اشـتراط الاول فى ذكاة الاضطرار بدليل ولا دليل فى الثانى

(والمبان منه كما اذا أبين الرأس بذكاة الاختيار) وذلك لان قطع أى عضو كان فى ذكاة الاضطرار كقطع الرأس فى ذكاة الاختيار والرأس يؤكل فى ذكاة الاختيار فكـذا العضو المبان فى ذكاة الاضطرار (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحى فهو ميت) ووجه الاستدلال انه ذكر الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الفرد الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة يعنى أبين من الحى حقيقة وحكما أما حقيقة فلقيام الحياة به وأما حكما فلانه يتوهم حياته بعدا بانة هذا العضو ولهذا أى ولكونه حيا حكما اعتبره الشرع حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة لم يؤكل لجواز أن يكون موته بوقوعه

فى الماء وقوله (أبين بالذكاة) ذكره ليجيب عنه بقوله قلنا وتقريره سلمنا ان ما أبين بالذكاة يؤكل ولكن لا ذكاة ههنا لان هذا الفعل وهو ابانة العضو حال وقوعه ليس بذكاة لبقاء الروح فى الباقى على وجه يمكن الحياة بعده اذ الفرض ذلك والجرح يعتبر ذكاة اذا مات منه أو يكون على وجه لا يمكن الحياة بعده ولهذا لو وجده وفيه من الحياة فوق ما فى المذبوح لابد من ذبحه وعند زوال الروح وان كان ذكاة بالنسبة الى الصيد لكنه ليس بذكاة بالنسبة الى المبان لعدم تأثيره فى موته لفقد الحياة فيه حينئذ فان قيل فليكن ذكاة للمبان بتبعية الاكثر اذا مات من ذلك القطع أجاب بقوله ولا تبعية يعنى الاقل يتبع الاكثر اذا لم ينفصل عنه وههنا قد انفصل فزالت التبعية والاصل المذكور فى الكتاب ظاهر وقوله

(والاكثر مما يلى العجز) احترازعما اذا كان الاكثر مما يلى الرأس فانه يؤكل الاكثر لاغير وهذا لان الاوداج من القلب الى الدماغ فان أبان الثلث مما يلى العجز لم يقع الفعل ذكاة لعدم قطع الاوداج وانما وقعت بموته والجزء مبان عند ذلك وأما اذا أبان الثلث مما يلى الرأس فقد وقع الذكاة بقطع الاوداج نفسه وحينئذ لم يكن الجزء مبانا والباقى ظاهر وقوله (ولا يؤكل صيد المجوسى) مبناه ما تقدم أن غير أهل الكتاب من الكفار ليس بأهل للذكاة الاختيارية ولا بد منها فى اباحة الصيد قال

والمبان منه كما اذا أبين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما أبين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه تتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حيا حتى لو وقع فى الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح فى الباقى وعند زواله لا يظهر فى المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل لان المبان من الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكما يحل وذلك بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع فى الماء وبه هذا القدر من الحياة أو تردى من جبل أو سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى (ولو قده بنصفين أو قطعه أثلاثا والاكثر مما يلى العجز أو قطع نصف رأسه أو أكثر منه يحل المبان والمبان منه) لان المبان منه حى صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما أبين منه فهو ميت الا أن ميتته حلال بالحديث الذى رويناه (ولو ضرب عنق شاة فأبان رأسها يحل لقطع الاوداج) ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا أو رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل أكله) لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بأن بقى متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعانى قال (ولا يؤكل صيد المجوسى والمرتد والوثنى) لانهم ليسوا من أهل الذكاة على بيناه فى الذبائح ولا بد منها فى اباحة الصيد بخلاف النصرانى واليهودى لانهما من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا

بوجه آخر حيث قال وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذكاة الاضطرار لا يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانهار انتهى أقول ليس هذا بسديد لان عدم اشتراط فرى الاوداج فى ذكاة الاضطرار للعجز عنه ولزوم الحرج فى اشتراطه وهذا غير متحقق فى الانهار اذ لا عجز عن الجرح بلا ريب ثم ان الجرح لا ينفك عن الانهار فى الغالب فلا حرج فى اشتراط الانهار على رأى ذلك البعض فافترقا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما أبين من الحى فهو ميت ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة) قال الشراح يعنى أنه ذكر الحى مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل هو الحى حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة أى أبين من الحى حقيقة وحكما أقول المقدمة القائلة ان المطلق ينصرف الى الكامل شائعة فى ألسنة الفقهاء وكتب أصحابنا لكنها مخالفة فى الظاهر لما تقرر فى أصول أئمتنا من أن حكم المطلق أن يجرى على

(قوله وتقريره سلمنا الخ) أقول هذا التسليم لا يلزم أن يكون مسبوقا بالمنع ليرد أنه لا وجه له

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه الخ) اعلم أن الرجلين اذا رمياصيدا فهذا ينقسم الى قسمين اما أن يرمياه معا أو متعاقبا والاول على أوجه فانه اذا رمياه معا فاما أن يصيبا معا أو يصيب أحدهما أولا فان أصاب فاما أن يثخنه قبل اصابة الثانى أولا والثانى كذلك فانه اما أن رماه الثانى قبل اصابة السهم الاول أو بعدها فان كان الثانى فاما أن يثخنه الاول أولم يثخنه والاول بوجوهه والوجه الاول من الثانى غير مذكور فى الكتاب وأنا أذكر ذلك تكملة للافادة فان رميا معا وأصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا ويؤكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمى فانه كان صيدا حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة وأصابت الرميتان معا فاستويا فى السببية وذلك يوجب المساواة فى الملك وان رمياه معا فأصابه سهم أحدهما أولا فأثخنه أى أضعفه وأخرجه عن حيز الامتناع ثم أصاب سهم الآخر فقتله فهو للاول وحل أكله عندنا خلافا لزفر هو يعتبر حالة الاتصال والسهم الثانى أصابه وهو غير ممتنع فصار كما لو رمى شاة ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالمحل تبيحه ولهذا تعين التسمية حالة الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثانى حظر وللملك حالة الاتصال لان الملك يتصل بالمحل وسهم الاول أخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل أن يتصل به الثانى وان لم يثخنه فهو للثانى وهو ظاهر وان رماه الثانى بعد مارماه الاول قبل أن يصيب سهمه وهو الاول من القسم الثانى فحكمه حكم مالو رمياه معا هو لهما وحل أكله وأما المذكور فى الكتاب فقد أمعن المصنف فى بيانه ونشير الى بعض ألفاظه ان خفى فقوله (هذا) اشارة الى قوله ولم يؤكل

قال (ومن رمى صيدا فأصابه ولم يثخنه ولم يخرجه عن حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثانى ويؤكل) لانه هو الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن أخذ (وان كان الاول أثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للاول ولم يؤكل) لاحتمال الموت بالثانى وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمى الثانى وأما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما اذا أبان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمى الثانى لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه بقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما أودونه فعلى قول أبى يوسف لا يحرم بالرمى الثانى لان هذا القدر من الحياة لا عبرة بها عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد سواء فلا يحل قال (والثانى ضامن لقيمته للاول غير مانقصته جراحته) لانه بالرمى أتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمى المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضى الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثانى بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه والثانى بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كله كما اذا قتل عبدا مريضا

اطلاقه كما أن المقيد يجرى على تقييده فتأمل فى التوفيق (قوله قال رضى الله عنه تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثانى بان كان الاول بحال يجوز أن يسلم الصيد منه الخ) أقول لقائل أن يقول تأويل المسئلة ههنا بما ذكره بعد أن أولها مرة فيما قبل بقوله وهذا اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد يرى مستدركا لان مجموع التأويلين متعلق بمسئلة واحدة مذكورة فى مختصر القدورى وهى قوله وان كان الاول أثخنه فرماه الثانى فقتله لم يؤكل والثانى ضامن لقيمته للاول غير مانقصته جراحته انتهى فلما أول المصنف قوله لم يؤكل بما اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد تعين أن يكون أيضا قوله والثانى ضامن لقيمته للاول غير مانقصته جراحته فيما اذا كان الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد لان قوله والثانى ضامن لقيمته للاول فرع قوله لم يؤكل فما هو شرط فى الاصل شرط فى الفرع

(قوله فان أصاب فاما أن يثخنه قبل اصابة الثانى أولا والثانى كذلك) أقول يعنى اذا رميا متعاقبا (قال المصنف أما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح) أقول الاظهر أن يقول فان لم يبق فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح يحل الخ وان بقى فيه أكثر مما يبقى فى المذبوح الخ فان ماذكره بقوله بأن لا يبقى الخ تفصيل لقوله أما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد كما لا يخفى (قوله اعتبارا بحال الرمى) أقول اعتبار حالة الرمى ههنا ليس لانه لو اعتبر حالة الاتصال لم يحل فانه فى تلك الحالة أيضا صيد مباح بل لكون المنظور عند الثلاثة ذلك لدليل سافهم اليه كما يذكره (قوله هو يعتبر حالة الاتصال) أقول يعنى الاتصال بالمحل (قوله والمحل صيد) أقول الواو حالية (قوله وللملك حالة الاتصال) أقول عطف على قوله للحل فى قوله ونحن نعتبر للحل (قوله وسهم الاول أخرجه) أقول الواو حالية (قوله وان لم يثخنه) أقول معطوف على قوله فأثخنه أى أضعفه الخ (قوله فحكمه حكم مالو رمياه معا هو لهما وحل أكله) أقول لابد ههنا من تفصيل فان ماذكره اذا أصاب السهمان معا وأما اذا أصاب الثانى بعد اصابة الاول فاما أن أثخنه الاول أولم يثخنه

وقوله (وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أولا يدرى قال فى الزيادات الخ) بيان لحكم الضمان ولم يذكر حكم الحل وحكمه انه لم يؤكل لان احدى الرميتين تعلق بها الحظر والاخرى تعلق بها الاباحة وانما لم يذكره المصنف لانه يعلم من ضمان اللحم وانما كان حكم صورة الجهالة وهى أن لا يدرى أن الموت حصل بأيهما كصورة العلم بذلك لان كل واحد من الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما قيل كان الواجب أن يسقط عنه ضمان نقصان الجراحة لدخوله تحت ضمان نصف القيمة وهو فاسد لان ضمان نقصان الجراحة انما هو بسبب قبل سبب ضمان نصف القيمة فكيف يدخل فيه وقوله (وان كان رماه الاول ثانيا) يعنى أن ما تقدم كان فيما اذا كان الرامى الثانى غير الرامى الاول وهذا فيما اذا رماه الاول ثانيا قوله (فالجواب فى حكم الاباحة الخ) يعنى لا فى حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه بفعله لنفسه والباقى واضح

وان علم أن الموت يحصل من الجراحتين أو لا يدرى قال فى الزيادات يضمن الثانى ما نقصته جراحته ثم يضمنه نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا وأما الثانى فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا وأما الثالث فلان بالرمى الاول صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فبهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماه الاول ثانيا فالجواب فى حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامى غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحل لان الثانى محرم كذا هذا قال (ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل) لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم

صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال

ولان صيده سبب للانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

﴿كتاب الرهن﴾

أيضا واذا علم أن الرمى الاول كان بحال ينجو منه الصيد علم أن القتل حصل بالرمى الثانى فلا حاجة الى التأويل الثانى ثم أقول فى الجواب ان كون الرمى الاول بحال ينجو منه الصيد انما يقتضى أن لا يحصل القتل بالرمى الاول فقط ولا يقتضى أن يحصل القتل بالرمى الثانى وحده لجواز أن يحصل من اجتماع الرميين اذ قد يكون فى حالة الاجتماع ما لا يكون فى حالة الانفراد ومراد المصنف بالتأويل الثانى التقييد بما علم كون القتل حاصلا بالرمى الثانى وحده والمقصود منه الاحتراز عما ذكره بقوله وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى ولا يفيد التأويل الاول هذا التقييد لان القيد الذى ذكره أولا أعم تحققا من القيد الذى ذكره ثانيا لتناوله صورة أن يحصل القتل من مجموع الرميين كما يتناول صورة أن يحصل بالرمى الثانى وحده وانما المقصود من التأويل الاول الاحتراز عما اذا كان الرمى الاول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح وعما اذا كان الرمى الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا أنه يبقى فيه من الحياة أكثر مما يكون بعد الذبح كما فصله من قبل فلا استدراك أصلا بل أصاب كل من التأويلين مجراه

﴿كتاب الرهن﴾

مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب لتحصيل المال

﴿كتاب الرهن﴾

وجه مناسبة كتاب الرهن لكتاب الصيد من حيث كونهما سببين لتحصيل المال ومن محاسنه حصول النظر لجانب الدائن والمديون وسببه ما ذكرنا غير مرة وشرط جوازه وتفسيره ومشروعيته وحكمه مذكور فى الكتاب وسنذكره شيأ فشيأ أما تفسيره فما ذكره

(قال المصنف وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدرى) أقول هذا يوهم أن بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما اذا حصل القتل بالثانى وحده أو بهما وليس كذلك بل لا فرق بينهما الا أنه فى الموضعين يضمن الثانى جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الاول الا أنه بين فى المسئلة الاولى جميع الحاصل وفى الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان أى عدم الفرق بين المسئلتين الى آخر ما ذكره الامام الزيلعى فراجعه (قال المصنف قال قائلهم صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدى الابطال) أقول البيت لعنترة العبسى وهو جاهلى وهم كانوا يأكلون الثعالب وما هو شر منها فان كان استدلاله بها فى تحريم أكل الثعلب خلاف بين علماء المسلمين فقد ذهب الشافعى وغيره الى القول بحله وان كان استدلاله بصيد الابطال فقتل الابطال لا يسمى صيدا الا بقرينة فهو مجاز وذلك بمنزلة تسمية الشجاع أسدا ولا يصلح الاستدلال به على أن الصيد لا يختص بمأكول اللحم

الرهن

(الرهن لغة حبس الشئ بأى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه) أى استيفاء الحق من الرهن بمعنى المرهون (كالديون) وهو احتراز عن ارتهان الخمر وعن الرهن عن الحدود والقصاص وأما مشروعيته فبقوله تعالى فرهان مقبوضة وهو جمع رهن كعباد فى جمع عبد وبما روى أنه صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعه وبالاجماع فان الامة اجتمعت على جوازه من غير نكير وبالمعقول وهو أنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وتقريره أن للدين طرفين طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولا فى الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة لطرف الوجوب الذى يختص بالذمة وهى الكفالة جائزة فكذا الوثيقة التى تختص بالمال بل بطريق الاولى لان الاستيفاء هو المقصود والوجوب وسيلة اليه قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ

الرهن لغة حبس الشئ بأى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع بقوله تعالى فرهان مقبوضة وبما روى أنه عليه السلام اشترى من يهودى طعاما ورهنه به درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة فى طرف الوجوب وهى الكفالة قال (الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض)

كذا فى الشروح أقول يرد على ظاهر هذا التوجيه أن المناسبة المذكورة متحققة بين ما ذكر فى كثير من الكتب السابقة واللاحقة فلا تكون مرجحة لايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والجواب أن المراد أن هذه المناسبة مع ملاحظة المناسبات المذكورة فى الكتب السابقة واللاحقة تقتضى ايراد كتاب الرهن عقيب كتاب الصيد والا يلزم تفويت تلك المناسبات فتكون مرجحة مع تلك الملاحظة وقد نبهت على هذه النكتة غير مرة فى نظائر هذا المقام فلا تغفل ثم من محاسن الرهن حصول النظر لكل من جانبى الدائن والمديون كما فصل فى النهاية ومعراج الدراية وسببه ما ذكر فى سائر المعاملات من تعلق البقاء المقدر بتعاطيه وأما تفسيره لغة وشريعة وركنه وشرط جوازه وشرط لزومه ودليل مشروعيته وحكمه فيجيء كل ذلك فى الكتاب شيأ فشيأ صراحة أو اشارة فتنبه له فى موضعه ان شاء الله تعالى (قوله الرهن فى اللغة حبس الشئ بأى سبب كان وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون) قال بعض الفضلاء هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والا ففى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لا شك أنه يتحقق بانعقاد الرهن معنى جعل الشئ محبوسا بحق الا أن للعاقد الرجوع عنه ما لم يقبض المرتهن الرهن فقبل القبض يوجد معنى الحبس ولكن لا يلزم ذلك الا بعد القبض والمأخوذ من التعريف المذكور فى الكتاب للرهن انما هو نفس الحبس لا لزومه فيصدق هذا التعريف على الرهن قبل تمامه ولزومه أيضا بلا ريب ثم ان الامام النسفى لما قال فى الكنز هو حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين قال الزيلعى فى شرحه هذا حده فى الشرع ثم قال وقوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه انتهى أقول فيه نظر لان الظاهر المتبادر من الكاف فى قوله كالدين أن يجوز الرهن بغير الدين أيضا فان لم يكن فى قوله كالدين اشارة الى جواز الرهن بغير الدين أيضا فلا أقل من أن لا يكون فيه اشارة الى انحصار ما يجوز الرهن به فى الدين فلا وجه لقول الزيلعى قوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين (قوله الرهن ينعقد بالايجاب والقبول) قال فى العناية ركن الرهن الايجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على وما أشبهه والقبول وهو قول المرتهن قبلت لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول وعلى ذلك عامة المشايخ انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول بان قال هذا منقوض بعقد التبرعات وقال الا أن يخص العقد فى الصغرى بما سوى التبرع أقول ليس شئ من ايراده وتوجيهه بمستقيم أما الاول فلان من يقول من المشايخ بأن انعقاد الرهن لا يكون الا بمجموع الايجاب والقبول يقول بأن الامر كذلك فى سائر عقد التبرعات أيضا واختلاف المشايخ فى أن القبول هل هو ركن كالايجاب أم لا ليس بمختص بعقد الرهن بل يعم سائر التبرعات أيضا من العقود كالهبة والصدقة كما مر فى أوائل كتاب الهبة فلا انتقاض بشئ على أصل من يقول من المشايخ بان القبول ركن فى كل عقد وقول القدورى الرهن ينعقد بالايجاب والقبول

(قال المصنف وفى الشريعة جعل الشئ محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون) أقول هذا تعريف الرهن التام أو اللازم والا ففى انعقاد الرهن لا يلزم الحبس بل ذلك بالقبض والكاف فى قوله كالديون مقحم ان كان الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها رهنا بالدين والا فلا اقحام وسيجيء التفصيل فى الورق الآتى (قوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول) أقول منقوض بعقد التبرعات الا أن يخص العقد فى الصغرى بما سوى التبرع وسيجيء تحقيقه من الشارح

(قالوا) أراد به شيخ الاسلام خواهرزاده (الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع) فالرهن يتم بالمتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيأ عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك وأما أن كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك قوله

(والقبض شرط اللزوم) كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو أيضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره لا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد لانه يختص بنفس المال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا كالكفالة

قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فأشبه الكفالة

وتعليل صاحب العناية اياه بقوله لانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول مبني على أصل هؤلاء المشايخ وأما قول سائر المشايخ فقد ذكره المصنف بقوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وأوضحه صاحب العناية في شرحه وأما الثاني فلانه لو خص العقد في الصغرى بما سوى التبرع صار المعنى لانه أي الرهن عقد غير تبرع وكل عقد غير تبرع ينعقد بالايجاب والقبول ولا شك أن الصغرى تصير حينئذ كاذبة اذ لم يقل أحد بأن عقد الرهن ليس بعقد تبرع بل أطبقت كلماتهم على أنه عقد تبرع فلا صحة للتخصيص بما سوى التبرع (قوله قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة) قال صاحب العناية في حل هذا التعليل لانه عقد تبرع وكل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فالرهن يتم بالمتبرع أما أنه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب بازاء ما أثبت للمرتهن من اليد شيأ عليه ولا نعني بالتبرع الا ذلك وأما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع فكالهبة والصدقة وقال فيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا لدينه عند الهلاك والجواب أن المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك انتهى أقول في الجواب بحث لان الراهن ان لم يستوجب شيأ على المرتهن ابتداء فقد استوجب عليه شيأ في البقاء وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك فلم يكن الرهن عقد تبرع من كل وجه بل كان فيه معنى المعاوضة من وجه حيث صار المرتهن مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن في يده فينبغي أن لا يتم بايجاب الراهن وحده بل لا بد أن يتوقف على قبول المرتهن أيضا حتى يتم جعلنا اياه مستوفيا لدينه حكما عند الهلاك كما هو مذهبنا على ما سيجيء تفصيله فليتأمل (قوله والقبض شرط اللزوم على ما نبينه) قال في العناية كانه تفسير لقول القدوري ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم وهو أيضا اختيار شيخ الاسلام وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الا مقبوضا مفرغا محوزا وقال الكرخي في مختصره قال أبو حنيفة وزفر وأبو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا الى هنا لفظ العناية وقصد بعض الفضلاء دفع مخالفة ما في الكتاب لرواية عامة الكتب فقال سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل انتهى أقول هذا قياس مع الفارق اذ قد دعت الضرورة هنالك الى صرف نفي الجواز عن ظاهره اذ الجواز قبل القبض ثابت هنالك بالاجماع فحملنا نفي الجواز بدون القبض في قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة على نفي ثبوت حكم الهبة وهو الملك للموهوب له وأما ههنا فلا ضرورة ولا مجال للحمل على نفي ثبوت الملك للمرتهن بدون القبض وثبوته له بالقبض كما هو موجب النفي والاستثناء اذ ليس حكم الرهن

(قال المصنف لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة) أقول في أول كتاب الهبة أنها تصح بالايجاب والقبول وعلله المصنف بأنه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول فليتأمل (قوله ما أثبت للمرتهن من اليد شيأ عليه) أقول ضمير عليه راجع الى المرتهن (قوله وفيه نظر لانه استوجب عليه صيرورته الخ) أقول ولنا ضمير لانه راجع الى الراهن وضمير عليه وصيرورته راجعان الى المرتهن (قوله وهو مخالف لرواية عامة الكتب قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا) أقول سبق في كتاب الهبة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة والقبض ليس بشرط الجواز في الهبة فليكن هنا كذلك فليتأمل

(ولنا ما تلونا) من قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أي فليصم وكما في قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أي فليحرر فيكون تقديره والله أعلم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا وارتهنوا لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله على الدائن بالاجماع فوجب أن يعمل في شرطه وهو القبض كما في قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح فصرف الى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هذا وفيه بحث من أوجه الاول ما قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن والثاني انه يجوز أن يكون الامر للاباحة بقرينة الاجماع فينصرف الى الرهن لا الى القبض والثالث ان القبض ان كان شرطا للجواز أو للزوم وسلم ذلك فقد ارتفع النزاع ولا حاجة الى الدليل والرابع ان الآية متروكة الظاهر لان ظاهرها يدل على أن الرهن انما يكون في السفر كما قال به مجاهد والضحاك وقد ترك ومتروك الظاهر لا يصلح حجة والجواب عن الاول أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة الى ضمير المصدر مجاز عقلي كما في سيل مفعم وعن الثاني أن الامر في الوجوب حقيقة كما عرف والاجماع لا يصلح قرينة للمجاز لان المجاز هو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له بقرينة والاجماع لم يكن حال

استعمال هذا اللفظ واعمال الحقيقة في الرهن غير ممكن فصرف الى القبض وعن الثالث أن الدليل لالزام مالك رحمه الله حيث لا يجعله شرط اللزوم ولا الجواز وذلك أن الله تعالى وصف الرهن بالقبض كما وصف التجارة بالتراضي والتراضي وصف لازم في التجارة فكذا القبض في الرهن لا يقال هذا استدلال بمفهوم الصفة وهو ليس بصحيح اما لان ذلك مذهب الجمهور من أصحابنا فيجوز أن يكون المصنف قد اختاره واما لان عدم

ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيأ ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض

ثبوت الملك للمرتهن بحال أصلا فبقي نفي الجواز ههنا على ظاهره قوله (ولنا ما تلونا والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر) نظيره قوله تعالى فضرب الرقاب أي فاضربوها وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة أي فليحررها وقوله تعالى فعدة من أيام أخر بتقدير فصوم عدة من أيام أخر أي فليصم عدة من أيام أخر فكان المصدر فيما تلونا ههنا أيضا وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة بمعنى الامر أي فارهنوا وارتهنوا ثم لما كان بمعنى الامر ولم يعمل بموجب الامر الذي هو الوجوب واللزوم في حق نفس الرهن حيث لم يجب الرهن على المديون بالاجماع وجب أن يعمل به في شرطه وهو القبض كما قلنا في قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل بالنصب أي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع لان البيع مباح غير واجب فصرف الى شرطه وهو المماثلة في أموال الربا فكذا هنا هذا زبدة ما ذكر في جملة الشروح في شرح هذا المقام ثم ان كثيرا من الشراح استشكلوا كلام المصنف ههنا فقال صاحب النهاية في تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال كذا في كتب اللغة ولان قوله مقبوضة بالتأنيث دال على انه جمع وليس بمصدر ولو تحمل متمحل بتصحيح ما في الكتاب

الصحة انما يكون اذا لم تكن الصفة مقصودة وقد ذكرنا آنفا أن الوجوب انصرف اليها وعن الرابع بأنا لا نسلم أن متروك الظاهر بدليل ليس بحجة لان النصوص المؤولة متروكة الظاهر وهي عامة الدلائل هذا ما سنح لي في هذا الموضع والله أعلم وقوله (ولانه عقد تبرع) دليل معقول على اشتراط القبض وهو واضح

(قوله كما في قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر) أقول فان التقدير فصوم عدة (قوله الاول ما قيل) أقول القائل هو الاتقاني والكاكي (قوله ولا حاجة الى الدليل) أقول كيف لا يحتاج الى الدليل وهي مسئلة فرعية لا تسلم الا عن دليلها من الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس (قوله والجواب عن الاول أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك) أقول فيه بحث فان الذي جمع على رهان هو الرهن بمعنى المرهون يدل عليه توصيفه بمقبوضة ومجازي الاستعمال أيضا ولعل الاولى أن يقال التقدير فرهن رهان كما في قوله تعالى فعدة من أيام أخر وذلك مراد المصنف ويؤيد ما ذكرناه ما قاله القاضي في تفسيره رهان ورهن كلاهما جمع رهن بمعنى مرهون انتهى وما قاله الامام عمر النسفي في تفسيره رهان جمع رهن وهو العين المقبوض بالدين توثيقا له وما قاله الشيخ النسفي أيضا في تفسيره ثم الرهن مصدر والمصادر قد تجعل أسماء ويزول عنها عمل الفعل فاذا قال رهنت عند زيد رهنا لم يكن انتصابه انتصاب المصدر بل انتصاب المفعول به كما يقال رهنت زيدا ثوبا ولما جعل اسما جمع كما يجمع الاسماء رهن ورهان انتهى وهكذا في التفسير الكبير

بقوله تقديره فرهن رهان مقبوضة فكان المصدر محذوفا فجعل المحذوف بمنزلة الثابت فقال
والمصدر المقرون بحرف الفاء والرهان لما كان مصدرا على قول صاحب الكتاب كان ارادة
المرهون به جائزة كالرهن يراد به المرهون ثم أنث المرهون بتأويل السلعة أو العين فقيل مقبوضة
بالتأنيث كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة لكان وجها بعيدا اذ فى الاول ورود الالباس وفى الثانى
لا يبقى المصدر بحقيقته والله أعلم الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب غاية البيان وقد سمى صاحب
الهداية الرهان مصدرا كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى
ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت فى قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان
جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمتين والرهينة بمعنى الرهن أيضا وجمعها رهائن
نعم الرهان يجىء مصدرا من قولهم راهنه على كذا أى خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة
ولكن ليس ذلك مما نحن فيه ولو كان المصدر هو المراد فى الآية لم يحتج فى صفة الرهان الى تاء
التأنيث فافهم الى هنا لفظه وقال صاحب الكفاية فى تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع
رهن كالنعل والنعال والحبل والحبال وقوله مقبوضة بالتأنيث دال على أنه جمع وليس
بمصدر وانما قال والمصدر المقرون لان تقديره والله أعلم فرهن رهان مقبوضة انتهى وقال صاحب
معراج الدراية وفى النهاية فى تسميته الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال هكذا فى
كتب اللغة و يدل عليه قوله مقبوضة بالتأنيث فدل أنه جمع لا مصدر وقال فى الفوائد الشاهية يجوز
أن يكون الرهان مصدرا من باب المفاعلة كالقتال والضراب ومقبوضة صفة لموصوف محذوف وهو
فرهان مرهونة مقبوضة وأنث المرهون بتأويل السلعة أو العين كما يؤنث الصوت بتأويل الصيحة ويجوز
أن يكون الرهان مصدرا بمعنى المفعول وأنث المرهون لما ذكرنا ويجوز أن يكون الرهان قائما مقام مصدر
محذوف وهو فرهن رهان مقبوضة فيكون مصدرا تقديرا لا تحقيقا الى هنا كلامه وأما صاحب العناية
فعد ما استشكلوه أمرا هينا وتعجب منه حيث قال قيل ان المصنف جعل الرهان مصدرا وهو جمع رهن
ثم قال والجواب عنه أنه مما يقضى منه العجب لانه جمع رهن والرهن مصدر فجمعه كذلك واسناد مقبوضة
الى ضمير المصدر مجاز عقلى كما فى سيل مفعم انتهى أقول منشأ مجازفته هذه الغفول عما ذكر فى كتب اللغة
وكتب التفسير لان كون الرهان جمع رهن أمر مقرر وأما كونه جمع رهن بمعنى المصدر فكلا بل
هو جمع رهن بمعنى المرهون قال فى المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن وقال فى
القاموس الرهن ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك والجمع رهان ورهون ورهن بضمتين وقال
فى الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال فى تفسير القاضى رهان ورهن كلاهما
جمع رهن بمعنى مرهون وكذا فى سائر التفاسير ثم ان كون اسناد مقبوضة الى ضمير رهان مجازا عقليا
خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا ضرورة داعية اليه وهى منتفية فى الآية المزبورة اذ يصح المعنى ويحسن
جدا بحمل الرهان على جمع الرهن بمعنى المرهون كما حمل عليه المفسرون ويكون الاسناد اذ ذاك
حقيقيا فما معنى العدول عنه و بناء استدلال المال بتلك الآية على ما هو خلاف الظاهر وخلاف ما عليه
قول المفسرين ثم ان تمثيله المجاز العقلى الذى ذهب اليه ههنا بسيل مفعم قبيح جدا فان المفعم اسم مفعول
أسند الى الفاعل كما عرف فى موضعه وليس مما أسند الى المصدر بخلاف ما نحن فيه على ما ذهب اليه
فالمناسب فى التمثيل ههنا أن يقول كما فى شعر شاعر على ما ذكر فى كتب علم البلاغة ثم أقول التوجيهات
التى ذكرت فى سائر الشروح لتصحيح ما فى الكتاب كلها أيضا خلاف الظاهر وخلاف ما عليه جمهور
المفسرين فالانصاف أن التمسك بمثلها لا يفيد القطع ولا الالزام على الخصم ولكن الاقرب والاشبه من
بينها أن يكون التقدير فرهن رهان مقبوضة على أن يكون المصدر المقرون بالفاء محذوفا كما فى قوله تعالى

قوله (ثم يكتفى فيه بالتخلية) يريد بها رفع المانع ووجه ظاهر الرواية واضح وقوله (لانه) أى قبض الرهن (قبض موجب للضمان ابتداء) لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض حتى ينتقل الضمان منه الى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية كما فى الغصب فان المغصوب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون وفيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع فلا ينعقد الرهن الا بالايجاب والقبول وعلى ذلك رواية الكتب كالمنتقى والمحيط وغيرهما (بخلاف الشراء) جواب عن قياس وجه الظاهر بان القبض فى الشراء ناقل للضمان من البائع الى المشترى لكون المبيع بعد العقد قبل التسليم الى المشترى مضمونا على البائع بالثمن وبالتسليم اليه ينتقل الضمان منه اليه فلم يكن مضمونا على القابض ابتداء وقوله (والاول) أى وجه الظاهر (أصح) لان الرهن توثقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بان يخلى الراهن بين المرتهن ودينه فكذلك جهته اذ الحقيقة أقوى من الجهة وما يثبت به (١٩٣) الاقوى يثبت به الادنى وأما الوصف المذكور فى وجه غير الظاهر وهو كون القبض فى الشراء ناقلا للضمان وفى الرهن مثبتا له ابتداء فلا يكاد يبين وقوله (فاذا قبضه المرتهن الخ) قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم فى الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضى الكمال والكامل فى القبض هو أن يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك وقوله محوزا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها وقوله (مفرغا) احتراز عن عكسه وقوله (متميزا) احتراز عن الشيوع فى الرهن فان قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وان لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه

ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يثبت فى المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشترى وليس بموجب ابتداء والاول أصح قال (واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه) لوجود القبض بكماله فلزم العقد (وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن)

فعدة من أيام أخر فان التقدير فيه فصوم عدة من أيام أخر تأمل ترشد (قوله ثم يكتفى فيه بالتخلية فى ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) قال بعض الفضلاء هذا منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيه من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختار المصنف انتهى أقول الجواب عن هذا النقض هين فان التعليل المذكور على موجب القياس ولزوم القبض فى الصرف انما ثبت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يدا بيد كما تقرر فى محله والقياس يترك بالنص على ما عرف بخلاف ما نحن فيه فانه لم يرد فيه نص يقتضى حقيقة القبض وعدم كفاية التخلية فعملنا فيه بموجب القياس (قوله وعن أبى يوسف انه لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب) قال صاحب العناية فيه نظر لان القبض بعقد التبرع لم يعهد موجبا للضمان وبين التبرع والضمان منافاة ولا بد من الضمان فى الرهن عند الهلاك فينتفى التبرع انتهى أقول هذا النظر فى غاية السقوط لان جهة التبرع فى الرهن غير جهة الضمان فيه فان جهة التبرع فيه من حيث انه يجعل محبوسا فى يد المرتهن بلا استيجاب شئ عليه بمقابلة ذلك وجهة الضمان فيه عند الهلاك من حيث انه يثبت فيه للمرتهن يد الاستيفاء من وجه فيتقرر عند الهلاك فيصير المرتهن بذلك مستوفيا لدينه كما ستطلع على بيانه والمنافاة بين التبرع والضمان انما تلزم أن لو كانا من جهة واحدة وليس فليس والعجب من صاحب العناية انه كيف خفى عليه هذا المعنى مع ظهوره مما سيأتى فى الكتاب من تفصيل دليلنا العقلى على مسئلة أنه اذا سلم الراهن المرهون الى المرتهن دخل فى ضمانه (قوله فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا مميزا تم العقد فيه) قال صاحب

(قال المصنف لانه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع) أقول منقوض بصورة الصرف فانه لا بد فيها من القبض بالبراجم ولا يكتفى بالتخلية مع جريان الدليل الا أن يثبت رواية كفاية التخلية فيه وكونها مختار المصنف (قوله لانه لم يكن مضمونا على الراهن قبل العقد) أقول الاولى أن يقال قبل القبض (قوله وما ثبت به الاقوى يثبت به الادنى) أقول لم لا يجوز أن يحتاج الادنى لضعفه الى ما يقويه ويؤكده (قوله فلا يكاد يبين) أقول فيه بحث (قوله محوزا احتراز عن رهن التمر على رؤس النخل بدونها وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وقوله متميزا احتراز عن الشيوع فى الرهن) أقول قال صدر الشريعة فى شرحه للوقاية فقبض محوزا أى مقسوما غير شائع مفرغا أى غير مشغول لحق الراهن حتى لا يجوز رهن الارض بدون النخل والشجرة بدون الثمر ودار فيها متاع الراهن بدون المتاع مميزا أى ان كان متصلا بحق الراهن خلقة كالثمر على الشجر يجب أن يميز ويفصل عنه فالمفرغ والمميز يتعلق بالمحل فيجب فراغه عما حل فيه وهو ليس بمرهون سواء كان اتصاله به خلقة أو مجاورة والمميز يتعلق بالحاصل فى المحل فيجب انفصاله عن محل غير مرهون اذا كان اتصاله به خلقة حتى لو كان اتصاله بالمجاورة لا يضر كرهن المتاع الذى فى بيت الراهن انتهى فتأمل التغاير بين التفسيرين

لما ذكرنا أن اللزوم أو الجواز بالقبض إذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله أي قبل القبض فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه وقال الشافعي هو أمانة في يده لا يسقط بهلاكه شيء من الدين لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن قالها أي هذه الألفاظ ثلاثا لصاحبه غنمه أي زوائده وعليه غرمه أي هلاكه قال ومعناه لا يصير أي الرهن مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ولنا قوله صلى الله عليه وسلم للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وحقه الدين فيكون ذاهبا لا يقال المراد به ذهب حقك من الإمساك أو من المطالبة برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة في الإخبار عنه والثاني ليس بحق له ولأنه ذكر الحق في أول الحديث منكرا أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم أعاده معرفا وفي ذلك يكون الثاني عين الأول كذا في النهاية وفيه نظر لأن أحدهما كلام الراوي والآخر كلام النبي عليه السلام ومثل ذلك ليس من القاعدة المذكورة إلا إذا علم أن المنكر كان واقعا من المرتهن في حضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعلم ذلك وقوله عليه الصلاة والسلام إذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك يعني إذا قال الراهن لا أدري كم كان قيمته والمرتهن كذلك قال يكون الرهن بما فيه حكى هذا التأويل عن أبي جعفر وقوله (مع اختلافهم في كيفيته) يعني أنهم اتفقوا على أن الرهن مضمون لكنهم اختلفوا في كيفيته وروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه مضمون بالقيمة وروي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وهكذا روي عن علي رضي الله عنه في بعض الروايات وروي عن ابن عباس أنه مضمون بالدين واختلافهم على هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون فالقول بكونه أمانة خرق للإجماع والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي أي يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف كطاوس وإبراهيم وغيرهما وقال مالك رحمه الله وتفسير ذلك فيما نرى أن يرهن الرجل الرهن بالشيء وفي الرهن فضل عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن إن جئتك بحقك إلى أجل يسميه له وإلا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي ينهى عنه فإن جاء صاحبك بما فيه بعد الأجل فهو له وقوله له غنمه وعليه غرمه قال الطحاوي في شرح الآثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني أن أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا إلى أن ذلك في البيع إذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وإن بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل وقوله (ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء) دليل معقول على المطلوب وتقريره الثابت للمرتهن يد الاستيفاء ويد الاستيفاء هو ملك اليد والحبس لأن الرهن لغة ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بوبال ما اكتسبت من المعاصي وقال زهير

وفارقتك

لما ذكرنا أن اللزوم بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله قال (وإذا سلمه إليه فقبضه دخل في ضمانه) وقال الشافعي رحمه الله هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لأن بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذ الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام إذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك وإجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالأمانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي والتمكن بأن يصير مملوكا له كذا ذكر الكرخي عن السلف ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

العناية في شرح هذا المقام قد ثبت أن القبض منصوص عليه وقد تقدم في الهبة أن المنصوص معتنى بشأنه وذلك يقتضي الكامل والكامل في القبض هو أن يكون الرهن محوزا مفرغا متميزا فيجب ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هذا البسط والتقرير يقتضي أن لا يثبت القبض بالتخلية في باب الرهن بل يجب أن يضع المرتهن يده حقيقة على المرهون إذ لا شك أن الكامل في القبض هو الثاني وهذا خلاف ما تقرر في ظاهر الرواية وخلاف ما هو المختار في عامة المعتبرات (قوله لأن الرهن ينبئ عن الحبس الدائم) قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم

(قال المصنف وقوله عليه الصلاة والسلام إذا عمي الرهن فهو بما فيه) أقول الباء للمقابلة والمعاوضة

وفارقتك برهن لافكاك له * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

أى ارتهنت المحبوبة قلبه يوم الوداع واحتبس قلبه عندها على وجه لايمكن فكاكه وليس فيه ثمان ولاهلاك كما ترى يدل على الحبس الدائم قيل الدوام انما فهم من قوله لافكاك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لمادام وتأبد بنفى الفكاك دل انه ينبئ عن الدوام اذلولم يكن موجبا لذلك لمادام بنفى ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ماوجبه فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء فيكون لفظ الرهن فى العقد الشرعى منبئا عن الحبس الدائم لانه المفهوم ولا مقتضى للعدول عنه ولنكن هذه القضية عندك ولان الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء ومعناه أن يكون الرهن موصلا اليه أى الى الاستيفاء وذلك أى كونه موصلا اليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن جحود الرهن مخافة جحود المرتهن الرهن ومعناه ان الحبس يفضى الى أداء الحق لان الراهن يخشى ان جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن لان قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج الى ايفاء الاقل لتخليص الاكثر أولضجره عن المطالبة وهذه

وفارقتك برهن لافكاك له * يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن تكون موصلة اليه وذلك ثابت له بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أولضجره واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلواستوفاه ثانيا يؤدى الى الربا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقى بدونه لانه لايتصور

(وفارقتك برهن لافكاك له * يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا)

قال فى العناية قيل الدوام انما فهم من قوله لافكاك له لامن لفظ الرهن وأجيب بأنه لمادام وتأبد بنفى الفكاك دل أنه ينبئ عن الدوام اذلولم يكن موجبا لذلك لمادام بنفى ما يعترضه بل كان الدوام يثبت باثبات ماوجبه فثبت أن اللغة تدل على انباء الرهن عن الحبس الدائم انتهى أقول السؤال والجواب فى الاصل لتاج الشريعة لكن الجواب ليس بتام عندى لان قوله اذلولم يكن موجبا لذلك لمادام بنفى ما يعترضه ممنوع فان ما يعترضه اذا كان مناقضا لدوامه يلزم من نفى ذلك دوامه سواء كان ماوجب دوامه نفسه أوأمرا خارجا عنه والا يلزم ارتفاع النقيضين معا ومانحن فيه كذلك اذلاشك أن فكاك الرهن ينافى ويناقض دوامه فيلزم من نفيه تحقق دوامه وان كان دوامه مما لم يوجبه نفسه بل كان بسبب خارج فلم يثبت فى البيت المزبور انباء لفظ الرهن نفسه عن الحبس الدائم بل جاز أن يكون انفهام ذلك من نفى فكاكه تدبر تفهم (قوله واذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلواستوفاه ثانيا يؤدى الى الربا) يعنى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلولم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربا كذا فى العناية وغيرها أقول لقائل أن يقول نعم لواستوفاه ثانيا أدى الى الربا ولكن اذا لم يستوفه ثانيا أصلا

أيضا قضية تدل على اليد والحبس فتضم اليهما قوله (واذا كان كذلك) أى اذا ثبت أن الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من وجه لان الاستيفاء انما يكون باليد والرقبة وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلولم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى الى تكرار الاداء بالنسبة الى اليد وهو ربا بخلاف ما اذا كان الرهن قائما لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالرد على الراهن فلا يتكرر الاداء فان قيل فاجعل الهلاك كالرد فى نقض الاستيفاء فان الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء الاترى أن المبيع اذا هلك قبل التسليم فانه لايقرر استيفاء الثمن بل ينقض الاستيفاء به أجيب بأن النقض انما يتحقق فيما أمكن رد العين الى المالك كالثمن فيما ذكرتم ولايمكن ذلك فى هلاك الرهن فان قيل فليستوف المرتهن الدين على وجه لايؤدى الى الربا وهو أن يستوفى رقبة لايدا أجاب بقوله ولا وجه الى استيفاء الباقى وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لانه غير متصور

(قوله بل كان الدوام يثبت باثبات ماوجبه) أقول لايخفى أن الرهن يدوم بادامة الراهن واذا فك زول الدوام ومعنى الانفكاك له ابقاؤه على الرهنية والاحتباس فلا يثبت دلالة لفظ الرهن وانباؤه عما ذكره من الحبس الدائم من البيت فليتأمل (قوله لان قيمة الرهن قد تكون الخ) أقول ليس هذا محل كلمة التقليل والاظهر أن يقول يكون أكثر من الدين فى الاكثر الا أن يحمل على التحقيق بجعل النادر معدوما فى الحكم (قوله لانه ينتقض هذا الاستيفاء أى للدين بالحبس بالرد على الراهن) أقول قوله بالرد متعلق بقوله ينتقض (قوله فان الهلاك لم يتعين لتقرر الاستيفاء) أقول الهالك فيما نحن فيه هو ما يستوفى منه وفى التنوير ليس ذلك فكيف يتنور به ولك أن تقول مآل جوابه أيضا فليتأمل

وقوله (والاستيفاء يقع بالمالية) جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان اما لعين الدين أو لبدله لا سبيل الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا الى الثانى لان الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب أنا نختار الاول وقوله ليس من جنس الدين قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو المالية والاول مسلم وليس الاستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء ان اشتراه المرتهن لما تقدم فى الهبة أن قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس والثانى ممنوع فانه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها وقوله (وموجب العقد) جواب عما قال الشافعى رحمه الله الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد ووجهه أن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما فى الحوالة فانها توجب الدين فى ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وان كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لان الاعتبار بالموضوعات الاصلية لا اللوازم الضمنية ونوقض بنقض اجمالى وهو أن المستأجر بعد الفسخ

محبوس عند المستأجر بالاجرة المعجلة بمنزلة المرهون حتى اذا مات الآجر كان المستأجر أحق به من سائر الغرماء ثم اذا هلك لم يكن مضمونا وأجيب بأن يد المستأجر بعد فسخها ليست بيد استيفاء لان يد الاستيفاء هى التى كانت له قبل الفسخ وانما قبض العين المستأجرة لاستيفاء المنفعة لا لاستيفاء الاجرة من المالية فلذلك لم يصر مستوفيا بالهلاك فى يده وأما اختصاصه به دون الغرماء فلانه كان مخصوصا به قبل الفسخ لاستيفاء المنفعة وبعد الفسخ يبقى الاختصاص فى حق استرداد الاجرة وقوله (فالحاصل الخ) واضح قال ولهذا

والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين أمانة فلا تنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما فى الحوالة فالحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها فى كفاية المنتهى جملة منها أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافى موجبه وهو تعينه للبيع وسيأتيك البواقى فى أثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال (ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب قال رضى الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بأنفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن أن يقال ان الواجب الاصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه أكثر المشايخ وهو دين

يؤدى الى ضياع بعض حقه وهو استيفاء الرقبة والتأدى الى ضياع حق المسلم محذور شرعى أيضا فالوجه فى ترجيح اختيار هذا المحذور على اختيار محذور الربا فتأمل فى الدفع (قوله ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين) يعنى يرد على هذا اللفظ أى على لفظ القدورى وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها أى الاشكال بصحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها وهى ما يجب مثله عند هلاكه ان كان مثليا وقيمته ان كان قيميا كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء ونحوهما فانه يصح الرهن بتلك الاعيان ولا دين فيها وأجاب

(ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الخ) قيل ذكر مضمون للتأكيد لان كل دين مضمون وقيل هو احتراز عن دين سيجب كالرهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع لان حكمه أى حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء كما تقدم والاستيفاء يتلو الوجوب وأما صحته بالدين الموعود فسيجئ الكلام فيه وقوله (ويدخل) أى يشكل على هذا اللفظ أى الذى يدل على الحصر صحة جواز الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء وقيل قوله بانفسها احتراز عن غيرها والحاصل أن الرهن اما أن يكون بالدين أو بالعين والاول صحيح بكل حال والثانى اما أن يكون بعين مضمون أولا والثانى غير صحيح كما فى الودائع والعوارى والمضاربات والشركات والاول اما أن تكون بنفسها وهو ما يجب عند هلاكه المثل ان كان مثليا أو قيمته ان كان قيميا أو يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمة كالمبيع فى يد البائع فانه مضمون بالثمن واذا ظهر ذلك فقوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون يشكل عليه الاعيان المضمونة بنفسها فان الرهن بها صحيح ولا دين ثمة وأجاب المصنف بقوله ويمكن أن يقال على ما اختاره بعض المشايخ ان الموجب الاصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص والقيمة دين

(قوله واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه) أقول يعنى واستيفاء عين الدين (قوله لما تقدم فى الهبة) أقول وفى أواخر الصلح أيضا

(ولهذا تصح الكفالة بها) أى بالعين المضمون بنفسه وقوله (ولئن كان لايجب القيمة الابعد هلاك العين لكن عند الهلاك يجب بالقبض السابق ولهذا يعتبر قيمته يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون رهنا بعد وجود سببه) جواب عما اختاره بعض آخر من المشايخ وتقريره ان سبب وجوبه قد انعقد فكان كالموجود فصح الرهن كما صحت الكفالة واعترض بأن صحة الكفالة لاتستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ماذاب لك على فلان فعلى دون الرهن وأجيب بأن قوله ماذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن يريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أو دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثانى فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه وقوله (ولهذا) يجوز أن يكون توضيحا على كل من التخريجين أما على الاول فتقريره ولكون الموجب الاصلى فيها القيمة لاتبطل الحوالة المقيدة بالعين المضمون بنفسه بهلاكه فلو أحال على الغاصب فهلك المغصوب لم تبطل الحوالة لان الموجب الاصلى لما كان القيمة كان هلاك العين كلا هلاك لقيام القيمة فى ذمته ورد العين كان مخلصا ولم يحصل وأما على الثانى فتقريره ولكون سبب وجوب القيمة قد انعقد جعلت كالموجود فبهلاك العين لاتبطل الحوالة بخلاف الوديعة فان الحوالة عليها تبطل بهلاكها لانه لاوجوب هنالك للقيمة ولا سبب للوجوب

ولهذا تصح الكفالة بها ولئن كان لايجب الابعد الهلاك ولكنه يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما فى الكفالة ولهذا لاتبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة

المصنف عن هذا الاشكال بقوله ويمكن أن يقال الى آخره كذا قاله الشراح قاطبة غير أن صاحب غاية البيان بعد أن وافق سائر الشراح فى شرح هذا المحل على الوجه المذكور قال قلت لا يرد على القدورى الاعتراض رأسا لانه لا ينفى صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بل صرح بصحته فى شرحه لمختصر الكرخى وانما اقتصر ههنا على الدين لان الغالب فى الرهن أن يكون بالدين واكتفى به ههنا اعتمادا على ماذكره فى موضع آخر الى هنا لفظه أقول لا ينبغى لمن له أدنى تمييز فضلا عن مثل ذلك الشارح أن يقول ان القدورى لم ينف فى مختصره صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها بعد أن رأى ما فى لفظه وهو قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون من أداة قصر الصحة على الرهن بالدين وهى النفى والاستثناء وانما يصح ما قاله الشارح المزبور أن لو كان لفظ القدورى فى مختصره ويصح الرهن بالدين ولما كان لفظه فيه ولا يصح الرهن الا بالدين لم يبق له مجال وقوله بل صرح بصحته فى شرحه لمختصر الكرخى لايجدى شيأ فى دفع الاشكال الوارد على لفظه فى مختصره وقد تداركه المصنف بقوله ويدخل على هذا اللفظ وأما حمل القصر الواقع فى هذا المختصر على القصر الادعائى فبمعزل عن مساعدة هذا الفن اياه فان مجرد تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات الواقعة فى هذا الفن يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرحوا به فما ظنك بدلالة أداة القصر على ذلك (قوله ولهذا تصح الكفالة بها) قال فى العناية واعترض بان صحة الكفالة بها لاتستلزم صحة الرهن فانها تصح بدين سيجب كما لو قال ماذاب لك على فلان فعلى دون الرهن وأجيب بأن قوله ماذاب لك اضافة للكفالة لا كفالة ويصح أن يقال قولك دون الرهن تريد به دينا ما انعقد سبب وجوبه أو دينا انعقد ذلك فان كان الاول فليس كلامنا فيه وان كان الثانى فهو ممنوع فانه عين ما نحن فيه انتهى أقول الاعتراض والجواب لتاج الشريعة ولهما وجه صحة وأما قوله ويصح أن يقال الى آخره فمن عند صاحب العناية نفسه يريد به الجواب عن الاعتراض المذكور بوجه آخر وليس له وجه صحة اذ المراد هو الاول قوله فليس كلامنا فيه ليس بشئ لان عدم كون كلامنا فيه لا يضر بغرض السائل بل يعينه فان مقصوده القدح فى قول المصنف ولهذا تصح الكفالة بها بأن صحة الكفالة لاتدل على صحة الرهن لان الكفالة تصح بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه ولا يصح الرهن بذلك بلا خلاف فيجوز أن تصح الكفالة بالعين المضمون بنفسه أيضا الذى كلامنا فيه ولا يصح الرهن به فلم يتم الاستدلال بصحة الكفالة به على صحة الرهن به ولا يخفى أن عدم كون كلامنا فى الدين الذى لم ينعقد سبب وجوبه لا يدفع الاعتراض بهذا الوجه وانما يدفعه ما أشار اليه تاج الشريعة من منع صحة الكفالة بدين سيجب ولم ينعقد سبب وجوبه وانما قوله ماذاب لك على فلان فعلى اضافة الكفالة الى ذلك الدين لا عقد كفالة به منجزة ومراد المصنف بالكفالة فى قوله ولهذا تصح الكفالة به هى الكفالة المنجزة فتم الاستدلال (قوله ولهذا يعتبر قيمته يوم القبض) أقول هذا التنوير لا يتم الا على قول أبى يوسف فان المعتبر عند أبى حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند محمد قيمته يوم الانقطاع كما مر تفصيله فى صدر كتاب الغصب مع أن صحة الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها على قول أئمتنا جميعا فلا يتم التقريب الا على قول أبى يوسف وليت شعرى لم لم يتعرض

(قوله وان كان الثانى فهو ممنوع) أقول فيه بحث فان الكفالة بالاول صحيحة دون الرهن فتوجه السؤال الا أن يخص الكفالة المقيس أيضا عليها بما انعقد سبب وجوبه

قال (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين الخ) الرهن مضمون بالاقل أى بما هو الاقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ووقع فى بعض نسخ القدورى بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث وكلامه واضح وقوله (يترادان الفضل) يعنى أن التراد انما يكون من الجانبين وقوله (كما فى حقيقة الاستيفاء) مثل ما اذا أوفاه ألفى درهم فى كيس وحقه فى ألف فانه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين أمانة فكذا هذا وقوله (ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها) لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة أدى الى الشيوع أو لعدم انفكاكها عنه وقوله (ولا ضرورة فى حق الضمان) لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن فان الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجىء وقوله (والمراد بالتراد فيما روى حالة البيع) يعنى توفيقا بين حديثى على رضى الله عنه فانه روى عنه المرتهن أمين فى الفضل فيجب حمل الاول على حالة البيع

يعنى اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد ما زاد على الدين من ثمنه الى الراهن ولو كان الدين زائدا يرد الراهن زيادة الدين وقوله (كما بيناه على التفصيل فيما تقدم) يعنى فى فصل الحبس من أدب القاضى وقوله (واذا طلب المرتهن دينه) واضح وقوله (تحقيقا للتسوية) قيل لان الرهن وان كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث انه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على احضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على احضار الرهن عند وجوب تسليمه وقوله (لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه) يعنى المرتهن ولم يعتبر هنالك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لانه موهوم فلا يظهر فى مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول

قال (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك فى يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة فى يده) لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين (وان كانت أقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل) لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث على رضى الله عنه قال يترادان الفضل فى الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروى عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما فى حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة به ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة فى حق الضمان والمراد بالتراد فيما روى حالة البيع فانه روى عنه أنه قال المرتهن أمين فى الفضل قال (وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم (واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن) لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن وهو محتمل (واذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين اليه أولا) ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا (وان طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب) لان الاماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه فى باب السلم بالاجماع (وان كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف احضار الرهن) لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه (ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز)

لهذا أحد من الشراح (قوله وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين) قال بعض الشراح وقع فى بعض نسخ القدورى بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث واعتبر هذا بقول الرجل مررت بأعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم غيرهما ولو قال مررت بالاعلم من زيد وعمرو يكون الاعلم واحدا منهما والمراد ههنا واحد من القيمة والدين وهو أقلهما لا أمر ثالث ثم ان تاج

لاطلاق

(قوله ووقع فى بعض نسخ القدورى بأقل من قيمته ومن الدين وليس بصحيح لان معنى المعرف واحد منهما ومعنى المنكر ثالث) أقول اذ تكون من حينئذ تفضيلية لوجوب استعمال الافعل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون فى المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو وفيه بحث اذ قد يحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب فمن الملفوظة للبيان كما فصله صدر الشريعة فى شرح الوقاية ولمكان حرف التعريف هنا (قوله يعنى أن التراد انما يكون من الجانبين) أقول فيرجع كل منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك (قوله أو لعدم انفكاكها عنه) أقول معطوف على قوله لانا لو لم نجعل الزيادة

وقوله (لاطلاق الامر) يشير الى أنه لو قيده بالنقد لايصح بيعه نسيئة وقوله (لانه لاقدرة له على الاحضار) لان الرهن بيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على احضاره وقوله (وكذا اذا أمر المرتهن) يعنى لا يكلف احضار الرهن لانه أى الرهن صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين لانه لما باعه باذنه صار كأنهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لابطريق انتقال حكم الرهن الى الثمن ألاترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شئ فصار كأنه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل وقوله (الا أن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن) استثناء من قوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين جواب عما يقال لو كان الامر كذلك لما كان للمرتهن أن يقبض الثمن من المشترى كما لو كان الرهن فى يد عدل لكن له ذلك ووجهه ماذكر أن ولاية القبض باعتبار كونه عاقدا والحقوق ترجع اليه وقوله (وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء الكل يكلف لاستيفاء نجم) قيل اذا ادعى الراهن هلاك الرهن وأما اذا لم يدع فلا حاجة الى ذلك واليه أشار بقوله لاحتمال الهلاك وقوله (ثم اذا قبض الثمن) يعنى ان باع الرهن وقبض الثمن فاذا قبضه وجب احضاره لاستيفاء نجم لقيامه مقام العين

لاطلاق الامر (فلو طالب المرتهن بالدين لايكلف المرتهن احضار الرهن) لانه لاقدرة له على الاحضار (وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن) لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين (ولو قبضه يكلف احضاره) لقيام البدل مقام المبدل لان الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين

الشريعة من الشراح بين وجه اختلاف المعنى بين المعرف والمنكر حيث قال والمعنى فيه أن كلمة من فى قوله الاقل منهما للتبعيض والاقل يصلح بعضا اذ الاقل مع منهما معرفتان بخلاف أقل منهما لان أقل نكرة وهما معرفة والمعرفة لاتتناول النكرة انتهى كلامه أقول ليس هذا بسديد اذ لانسلم ان المعرفة لاتتناول النكرة تناول الكل للجزء كما هو مقتضى من التبعيضية نعم ان المعرفة والنكرة لايتحدان لان مدلول المعرفة شئ بعينه ومدلول النكرة شئ لا بعينه وهما متضادان فلا يتحدان وأما كون المبهم بعضا من المعين فلا استحالة فيه بل هو أمر شائع مستعمل ألاترى الى قولنا واحد منهما أو جزء منهما أو بعض منهما يكون كذا فانه صحيح بلا ريب وشائع مستعمل مع أن كلمة واحد وجزء وبعض نكرة وكلمة هما فى منهما معرفة ومن للتبعيض على أن الوجه المذكور للفرق بين أن يكون اسم التفضيل معرفا وبين أن يكون منكرا انما يتمشى فيما اذا كان مدخول كلمة من معرفة ولا يتمشى فيما اذا كان مدخولها نكرة اذ لايلزم اذ ذاك تناول المعرفة للنكرة مثلا لو كانت العبارة فيما نحن فيه أقل من قيمة ودين لزم أن لايكون فرق فى المعنى بين تعريف الاقل وتنكيره وليس كذلك قطعا وذكر بعض الفضلاء وجها آخر للفرق بين المعرف والمنكر حيث قال اذ تكون من فى المنكر تفضيلية لوجوب استعمال الافعل بأحد الاشياء الثلاثة وتكون فى المعرف للبيان لعدم جواز الجمع بين من وحرف التعريف وموضعه كتب النحو ثم قال وفيه بحث اذ قد تحذف من من اللفظ وههنا أيضا كذلك والقرينة على الحذف شهرة المذهب انتهى أقول الحق فى الفرق ماقاله ذلك البعض وبحثه ساقط اذ قد تقرر فى علم النحو أنه لايجوز استعمال اسم التفضيل بدون أحد الاشياء الثلاثة الا أن يعلم المفضل عليه و يتعين كما فى قوله تعالى يعلم السر وأخفى وقوله تعالى ولذكر الله أكبر وفيما نحن فيه لا يتعين المفضل عليه ولا يعلم على تقدير أن ينكر اسم التفضيل ولم يجعل كلمة من تفضيلية وادعاء كونه معلوما بقرينة شهرة المذهب غير مسموع لانه الآن بصدد بيان المذهب فى هذه المسئلة ولم يبين من قبل فى موضع آخر فمن أين حصلت الشهرة كيف ولو تحققت الشهرة فى مسئلتنا هذه بحيث جاز بها ترك ما لابد منه فى استعمال صيغة التفضيل لاستغنى عن ذكرها وبيانها ههنا بالكلية (قوله لانه صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) قال بعض الفضلاء فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم فى الفرع قياسا عليه انتهى أقول لايخفى على الفطن أن مراد المصنف بتعليله المذكور ليس اثبات حكم فيما نحن فيه بطريق القياس على رهن الدين حتى يتوجه البحث المذكور بل مراده به بيان أن حكم الرهن يبقى فى الدين الذى صار خلفا عن العين المبيع بأمر الراهن لان الاصل كان صالحا لان يكون رهنا فكذا خلفه تبعا وان لم يصلح الدين للرهنية أصالة فكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا ولا يثبت أصالة وقصدا فقوله فصار كأن الراهن رهنه وهو دين اشارة الى معنى الخلفية لا الى القياس وهذا

(قال المصنف فصار كأن الراهن رهنه وهو دين) أقول فيه بحث فان المقيس عليه وهو رهن الدين غير صحيح فكيف يثبت الحكم فى الفرع قياسا عليه فليتأمل (قال المصنف لاستيفاء الدين) أقول يعنى المنجم لئلا يلزم التكرار

وقوله (وهذا بخلاف ماإذا قتل) اشارة الى قوله وكذا اذا أمر المرتهن ببيعه الى آخره فانه لايجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر الراهن على الاداء بدون احضار شئ بخلاف ماإذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين فان الراهن لايجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة لان القيمة خلف عن العين فلابد من احضار كلها كما لابد من احضار كل عين الرهن فان قيل لم لاتكون القيمة ههنا كالثمن ثمة وهى ليست فى يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان ثمة أجاب بقوله وماصارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية فصار كالرهن فى يد عدل بخلاف ماتقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكانهما تفاسخا وجعل الثمن رهنا ابتداء كما مر فافترقا وفى النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل ووجهه هكذا أى فى مسئلة القتل لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة وفيما نحن فيه بخلافه حيث يكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه الراهن من الدين وهو كما ترى متعسف وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لم يقبض شيئا قال (وان كان الرهن فى يده الخ) اذا كان الرهن فى يد المرتهن فهو مخير بين أن يمكن الراهن من بيعه وأن لايمكن لان حكمه الحبس الدائم الى أن يقضى الدين على مابيناه وذلك حقه فله اسقاطه وكلامه واضح وقوله (فلوهلك) أى الرهن (قبل الرد استرد الراهن ماقضاه) لما ذكره فى الكتاب وهو واضح وطولب بالفرق بينه وبين ماإذا ارتهن عبدا بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن يمنعه اياه فانه لاضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفى الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك

وهذا بخلاف ماإذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة خلف عن الرهن فلابد من احضار كلها كما لابد من احضار كل عين الرهن وماصارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا (ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لايكلف احضار الرهن) لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته (ولو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطالب المرتهن دينه والذى فى يده يقول أودعنى فلان ولا أدرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين) لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيأ (وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولايدرى أين هو) لما قلنا (ولو أن الذى أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت كونه رهنا) لانه لما جحد الرهن فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولايملك المطالبة به قال (وان كان الرهن فى يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) لان حكمه الحبس الدائم الى أن يقضى الدين على مابيناه (ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية) اعتبارا بحبس المبيع (فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه) لانه زال المانع من التسليم لوصول الحق الى مستحقه (فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ماقضاه) لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده

مع ظهوره لكل متأمل متقن قد صرح به أكثر الشراح حيث قالوا فان قيل لو رهن الدائن ابتداء لايصح لانه لايكون محلا للرهن قلنا نعم ولكن يبقى حكم الرهن فى الدين لكونه بدلا عن المقبوض وهو قد كان صالحا لذلك فيثبت هذا الحكم فى خلفه تبعا لا مقصودا انتهى (قوله فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ماقضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده) قال فى العناية وطولب بالفرق بينه وبين ماإذا ارتهن عبدا بألف درهم وقبضه وقيمته مثل الدين ثم وهب المرتهن المال للراهن أو أبرأه ولم يرد عليه الرهن حتى هلك عنده من غير أن

(قوله وقوله وهذا بخلاف ماإذا قتل اشارة الى قوله وكذا) أقول ولعل الاولى أن يجعل اشارة الى بيع العدل وكذلك أو المرتهن الرهن بأمر الراهن قال العلامة الكاكى اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم قد حل بخلاف مسئلة القتل حيث لايكلف المرتهن باحضار الرهن عند كل نجم يؤديه انتهى هكذا رأيت فى شرح الكاكى ففيه بحث ظاهر حيث لايطابق المشروح (قوله أجاب بقوله وماصارت قيمة بفعله حتى تنتقل اليها الرهنية) أقول لايقال الاصوب أن يقال حتى يجعل رهنا مكانه فانه لم يكن رهنية الثمن فى المسئلة المتقدمة بطريق الانتقال كما حققه لان بين الثمن والقيمة فرقا ولايلزم من عدم الانتقال فى الاول عدم الانتقال فى الثانى (قوله وجعل الثمن رهنا) أقول الظاهر أن يقال وجعلا (قوله وفى النهاية جعل قوله وهذا اشارة الى قوله يكلف لاستيفاء نجم الى قوله وهو كما ترى متعسف) أقول لايكلف المرتهن بالاحضار فى مسئلة القتل للعلم بعدم قدرته له قبل مضى ثلاث سنين ولايجبر الراهن أيضا على الايفاء وفيما نحن فيه يكلف المرتهن فيجبر الراهن اذا أحضر ولعل مراد الامام السغناقى هذا (قوله وطولب بالفرق) أقول نقض اجمالى (قوله فانه لاضمان عليه استحسانا) أقول تجئ المسئلة فى أواخر كتاب الرهن

وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الابراء فليس فيه استيفاء شئ ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو وقوله (على وجه الفسخ) احتراز عما اذا رده على وجه العارية فانه لا يبطل الرهن وقوله (لانه) أى الرهن (يبقى مضمونا ما دام القبض والدين باقيا) ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وان كان الدين باقيا واذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا لان العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعدم أحدهما فان قيل فينبغى أن لا يبقى مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم وليس كذلك كما مر فكان الكلام متناقضا أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان وفيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل وقوله (ولو هلك فى يده) يعنى اذا حبسه بعد التفاسخ فهلك سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وقوله (وليس للمرتهن) معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانفاع به

(وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين أو يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ) لانه يبقى مضمونا ما بقى القبض والدين (ولو هلك فى يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين) لبقاء الرهن (وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ولا لبس الا أن يأذن له المالك) لان له حق الحبس دون الانتفاع (وليس له أن يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له أن يؤاجر ويعير) لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى قال

يمنعه اياه فانه لا ضمان عليه استحسانا وان ثبتت يد الاستيفاء للمرتهن بقبضه السابق وقد تقرر بالهلاك فصيرورته مستوفيا بهلاك الرهن بعد الابراء بمنزلة استيفائه حقيقة وفى الاستيفاء حقيقة بعد الابراء يرد المستوفى فيجب أن يكون ههنا كذلك وأجيب بأن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس كما تقدم وذلك الاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا الى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد وأما الابراء فليس فيه استيفاء شئ ليجب رده وانما هو اسقاط واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو انتهى أقول فى خاتمة هذا الجواب خلل لان قوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو لغو من الكلام ههنا لان الابراء فى مادة النقض من الراهن ولا شك أن الراهن ممن عليه الدين فكان الابراء فيها ممن عليه الدين فلم يكن لغوا بل كان اسقاطا صحيحا فلا مساس لقوله واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو بما نحن فيه فان قلت مراده أن يد الاستيفاء لما ثبت للمرتهن بعقد الرهن وتقرر بالهلاك مسندا الى وقت القبض صار المرتهن بالهلاك مستوفيا دينه من وقت القبض فصار الاستيفاء مقدما على الابراء فى الحكم فلم يكن الراهن مديونا وقت الابراء لسقوط دينه بالقبض السابق فلم يكن الابراء فيما نحن فيه اسقاط الدين ممن عليه من هذه الحيثية فلهذا قال واسقاط الدين ممن ليس عليه لغو قلت لو كان لهذه الحيثية اعتبار فيما نحن فيه من مادة النقض وكان الابراء فيه لغوا بناء على ذلك لوجب فيه الضمان على المرتهن لثبوت الاستيفاء له بيده بقبضه السابق وتقرره بالهلاك وكون الابراء لغوا على الفرض مع أنه لا يجب عليه الضمان فيه وهو مدار النقض والمطالبة بالفرق بين مسئلة الكتاب وبين ذلك فلا يتم الجواب فالحق فى الجواب عن المطالبة المذكورة ما ذكره صاحب النهاية حيث قال قلت ان ضمان الرهن يثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان الاستيفاء فلا يتحقق ذلك الا باعتبار الدين وبالابراء عن الدين انعدم أحد المعنيين وهو الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام احداهما ألا ترى أنه لو رد الرهن سقط الضمان لانعدام القبض مع بقاء الدين فكذا اذا أبرأ عن الدين يسقط الضمان لانعدام الدين مع بقاء القبض وهذا بخلاف لو استوفى الدين حقيقة لان هنالك الدين لا يسقط بالاستيفاء بل يتقرر فان ما هو المقصود يحصل بالاستيفاء

(قوله واذا أبراه عن الدين سقط الضمان وان كان القبض باقيا) أقول فيه بحث فانه ذكر قبيل هذا الكلام أنه اذا هلك الرهن فى يد المرتهن بعد الابراء يكون الابراء لغوا لكون الدين مستوفى مستندا الى القبض وليس معنى الضمان الا ذلك لكن التعويل على ما ذكره ههنا يدل عليه كلام المصنف فى أواخر الكتاب (قوله وكان الكلام متناقضا) أقول ولك أن تقول الدين باق بعد القضاء لكنه

لا يطالب به لعدم الفائدة والى ذلك أشار صاحب النهاية وسيجىء ما ذكره فى آخر كتاب الرهن من الهداية ولهذا لم يعد شهادة من شهد بألف وقضى خمسمائة منها على ما مر فى فصل الاختلاف فى الشهادة فراجعه (قوله أجيب بأن بقاء احتمال الحبس باحتمال استحقاق المؤدى يوجب بقاء الضمان) أقول اعتراف بعدم انعكاس العلة وذلك هو غرض القائل وجوابه تعميم الدين بجهته أيضا كما سيجىء فى آخر كتاب الرهن من المصنف (قوله معناه انتفاء جواز الانتفاع بالرهن والانفاع به) أقول سبق من الشارحين تخطئة المصنف فى هذا اللفظ فى فصل كرى الانهار ان قيل انما أنكروا فيه استعمال الانفاع فى معنى النفع لا مطلقا قلنا لا مانع من أن يراد منه فيه المعنى الذى أريد منه هنا

قال (وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه الخ) كلامه واضح والعبرة في العيال للمساكنة لا للنفقة ألا ترى أن المرأة اذا ارتهنت وسلمت الرهن الى الزوج لم يضمن والابن الكبير الذي لا يكون في نفقته اذا ساكن الاب وخرج الاب عن المنزل وترك المنزل على الابن لم يضمن قال (وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) فان أبى فالقاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن أن يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة وان هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن في قول زفر وقال أبو يوسف النفقة دين على الراهن

والاصل المذكور في الكتاب واضح وقوله (وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن) كجعل الآبق (أو لرد جزء منه) كمداواة الجراح وقوله (والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه) قال في شرح الطحاوي لو شرط الراهن للمرتهن شيأ على الحفظ لا يصح بخلاف الوديعة وقوله (لتعلقه بالعين) يعني بخلاف حق المرتهن فان حقه يتعلق بالرهن من حيث المالية لا من حيث العين والعين مقدم على المالية فكذلك ما يتعلق بالعين يقدم على ما يتعلق بالمالية فان قيل لما كان العشر متعلقا بالعين كان استحقاقه كاستحقاق جزء من الارض لكون كل واحد منهما عينا ورد عليه عقد الرهن فان وضع المسئلة فيما اذا ارتهن أرضا عشرية مع شجر أو زرع فيها اذا أخذ العشر والاستحقاق في جزء من الارض يبطل الرهن لظهور الشيوع فيه فكذا في استحقاق العشر أجاب بقوله (ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه) أي وجوب العشر (لا ينافي ملكه) في جميع ما رهنه ألا ترى أنه لو باعه جاز وما ولو أدى العشر من موضع آخر جاز فصح الرهن في الكل ثم خرج جزء معين فلم يتمكن الشيوع في الرهن لا مقارنا ولا طارئا بخلاف الاستحقاق

(وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله) قال رضي الله عنه معناه أن يكون الولد في عياله أيضا وهذا لان عينه أمانة في يده فصار كالوديعة (وان حفظه بغير من في عياله أو أودعه ضمن) وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة (واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته) لان الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدي (ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن) لانه متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة (ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه) لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن (ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين) لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن قال (وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن) والاصل أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل أو لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه وأجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أن كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده فكانت مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه أمانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف أجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراحة والقروح ومعالجة الامراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق

وحصول المقصود بالشيء يقرره ويمضيه واذا بقي الدين حكما بقي ضمان الرهن وبهلاك الرهن يصير مستوفيا فتبين أنه استوفى مرتين فيلزمه رد أحدهما وأما الابراء فيسقط الدين فلا يبقى الضمان بعد انعدام أحد المعنيين الى هنا لفظ النهاية وسيجيء من المصنف في آخر كتاب الرهن ما يطابق

(قال المصنف لانه علف الحيوان) أقول أي كعلف الحيوان من قبيل زيد أسد (قوله ألا ترى أنه لو باعه جاز) أقول يعني لو باع الجميع في غير الرهن جاز البيع قبل أداء العشر

لان الملك المستحق ملك الغير فلم يصح الرهن فيه وكذا فيما وراءه لانه مشاع (قوله وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعني من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لانه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) فان كان بغير أمر القاضي فكذلك وان كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضي وقد قيل انه بمجرد أمر القاضي بالنفقة لا يصير دينا على الراهن مالم يجعله دينا عليه بالتنصيص لان أمره ههنا ليس للالزام فانه لا يلزمه شئ منها بالاتفاق فيكون الامر بذلك مترددا بين الانفاق حسبة ودينا فعند الاطلاق يثبت الادنى وقوله (وهي فرع مسئلة الحجر) فمذهب أبي حنيفة أن القاضي لا يلي

وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضي رجع عليه كأن صاحبه أمره به لان ولاية القاضي عامة وعن أبي حنيفة أنه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بأمر القاضي وقال أبو يوسف انه يرجع في الوجهين وهي فرع مسئلة الحجر والله أعلم

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز﴾

قال (ولا يجوز رهن المشاع)

ذلك في الفرق بين تينك المسئلتين فتبصر قال تاج الشريعة فان قلت ينبغي أن لا يبقى الرهن مضمونا بعد قبض الدين اذا هلك الرهن قبل التسليم لان حكم الرهن لم يبق قلت بقي احتمال استحقاق الحبس لاحتمال أن يستحق المؤدى وحينئذ يظهر أنه ما استوفى حقه فكان له استحقاق الحبس انتهى ورد صاحب العناية هذا الجواب حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب فيه نظر لان الاحتمال لا يوجب التحقيق لاسيما اذا لم ينشأ عن دليل انتهى أقول الحق في الجواب عن أصل السؤال أن يقال الدين لا يسقط بالقضاء كما يسقط بالابراء لقيام الموجب وهو الذمة بل يبقى على حاله ولكن لا يطالب به لتعذر الاستيفاء كما صرح به المصنف في آخر كتاب الرهن أثناء الفرق بين مسئلة ابراء المرتهن الراهن عن الدين ومسئلة استيفاء المرتهن الرهن فاذا بقي الدين بعد قضاء مثله يبقى حكم الرهن أيضا مالم يسلم الى الراهن فيبقى مضمونا بالهلاك الى أن يسلم الى الراهن تأمل تقف انتهى والله الموفق للصواب

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز﴾

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال (قوله ولا يجوز رهن المشاع) قال صاحب العناية رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا ومانحن فيه ليس كذلك بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه الى هنا لفظه أقول ان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه حشو ومفسد اذ الظاهر أنه علة لقوله ومانحن فيه ليس كذلك وليس بصحيح اذ لا شك أن مانحن فيه وهو رهن المشاع ليس مما لم يكن الرهن مالا ولا مما لم يكن المقابل به مضمونا فان الشيوع لا ينافي المالية قطعا حتى يكون رهن المشاع مما لم يكن الرهن مالا وكذا الشيوع في الرهن لا يقتضي أن لا يكون المقابل به مضمونا بل يتصور فيما اذا كان المقابل به مضمونا أيضا كما لا يخفى ثم لا شك أنه لا ابتناء لشئ من ذلك على كون القبض شرط تمام عقد الرهن لا شرط جوازه بل ذلك أمر مقرر سواء كان القبض شرط تمام عقد الرهن أو شرط جوازه كما لا يخفى على ذي مسكة فلا وجه لجعل قوله بناء على أن

على الحاضر وعندهما يلي عليه يعني عند أبي يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضي على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند أبي حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضي حال حضوره يصير محجورا عليه وهو لا يراه بخلاف حال غيبته لان فيها ضرورة

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز﴾

لما ذكر مقدمات مسائل الرهن ذكر في هذا الباب تفصيل ما يجوز ارتهانه ومالا يجوز اذ التفصيل انما يكون بعد الاجمال قال (ولا يجوز رهن المشاع الخ) رهن المشاع القابل للقسمة وغيره فاسد يتعلق به الضمان اذا قبض وقيل باطل لا يتعلق به ذلك وليس بصحيح لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا ومانحن فيه ليس كذلك بناء على ان القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به ومالا يجوز﴾

(قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد) أقول يعني أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض الخ فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر (قوله لا شرط جوازه) أقول مخالف لما قدمت بداه

وقال الشافعي رحمه الله هو جائز ولم يذكره في الكتاب دليلا لان أصل دليله ومعظمه قد علم في ضمن ذكر دليلنا على ما سيظهر ودليلنا موقوف على مقدمة هي أن العقود شرعت لاحكامها فاذا فات الحكم كان العقد غير معتبر وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد لما بينا أنه وثيقة لجانب الاستيفاء وثبوت يد الاستيفاء فيما تناوله العقد وهو المشاع غير متصور لان اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين والمعين غير غير المعين فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفيه فوات حكمه وأدرج المصنف رحمه الله دليل الشافعي رحمه الله بين الوجهين وهو قوله وعنده المشاع يقبل

ماهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع فيكون تقرير كلامه حكم الرهن تعينه للبيع والمشاع عين يجوز بيعه فحكم الرهن يجوز في المشاع واذا كان الحكم متصورا كان العقد مفيدا وتقرير الثاني أن موجب الرهن أي موجب حكمه يعني لازمه هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة أو بالنظر الى المقصود وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره (وكل ذلك) أي كل ما مر من قوله لم يشرع الا مقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود (يتعلق بالدوام) أما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد ربما جحد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق

وقال الشافعي يجوز ولنا فيه وجهان أحدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه وكل ذلك يتعلق بالدوام

القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه علة لقوله وما نحن فيه ليس كذلك وزعم بعض الفضلاء أن قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد الخ علة لقوله لان الباطل منه هو فيما اذا لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا حيث قال في بيان قوله بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه يعني أن الحكم بكون الباطل منحصرا فيما ذكره بناء على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر انتهى أقول ليس هذا أيضا بصحيح لانه مع كون الفصل بقوله وما نحن فيه ليس كذلك مما يأبى جدا كون قوله بناء على أن القبض الى آخره علة لما قبل ذلك لا يصح بناء أن الحكم بكون الباطل من الرهن منحصرا فيما ذكره من الصورتين على أن القبض شرط تمام العقد لا شرط جوازه قوله فانه اذا كان شرط الجواز لم يصح الحصر ممنوع فان مجرد انتفاء شرط الجواز لا يستلزم بطلان العقد بل يتصور انتفاء ذلك فيما اذا انعقد العقد بصفة الفساد أيضا وانما الذي يستلزم بطلان العقد انتفاء شرط الانعقاد وانما هو في عقد الرهن أن يكون الرهن مالا وأن يكون المقابل به مضمونا لا غير ويدل على ذلك كله ما ذكر في الذخيرة والمغني ونقل عنهما في النهاية وغيرها وهو أن الباطل من الرهن ما لا يكون منعقدا أصلا كالباطل من البيوع والفاسد منه ما يكون منعقدا لكن بوصف الفساد كالفاسد من البيوع وشرط انعقاد الرهن أن يكون الرهن مالا والمقابل به مضمونا ففي كل موضع كان الرهن مالا والمقابل به مضمونا الا أنه فقد بعض شرائط الجواز ينعقد الرهن لوجود شرط الانعقاد لكن بصفة الفساد لانعدام بعض شرط الجواز وفي كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل به مضمونا لا ينعقد الرهن أصلا انتهى فتدبر (قوله والثاني أن موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا) أقول لقائل أن يقول ان أراد بقوله انه لم يشرع الا مقبوضا أن عقد الرهن لم يجز الا مقبوضا يكون هذا القول منه مناقضا لما ذكره في صدر كتاب الرهن من أن القبض شرط لزوم الرهن لا شرط جوازه وان أراد بذلك أنه لم يلزم الا مقبوضا لا يتم التقريب اذ المدعى ههنا عدم جواز رهن المشاع لا عدم لزومه فتأمل في الدفع (قوله أو بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه) قال صاحب النهاية وهو قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره انتهى واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال يعني ما مر من قوله وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته أو لضجره أقول علل

وأما بالنظر الى النص فلأنه لما أوجب القبض ابتداء أوجب بقاء لان ما تعلق بالمحل فالابتداء والبقاء فيه سواء ولا كالمحرمية في النكاح وقد علمت أن حكم الرهن عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهو لا يكون الا بالقبض والقبض فيما نحن فيه يقتضي الدوام فكان دوام الحبس لازما لحكم الرهن ويفوت في المشاع والداعي الى هذا التوجيه تخليص الكلام عن التكرار فانه قال أحدهما يبتني على حكم الرهن والثاني أن موجب الرهن فلو كان الموجب مفسرا بالحكم كما هو المعهود تكرر كلامه

(قوله وتقرير الوجه الاول من كلامه حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء الخ) أقول مقتضى ظاهر هذا التقرير بطلان رهن المشاع فتأمل فانه يجوز أن يقال المراد حكم الرهن الصحيح ثبوت يد الاستيفاء

وقوله (ولا يفضى اليه) أى الى دوام الحبس من تمام الدليل يعنى ثبت أنه لابد من الدوام ولا يفضى اليه الا استحقاق الحبس ولا استحقاق للحبس فى المشاع لانه لابد من المهايأة فكأنه يقول له رهنتك يوما دون يوم ولا شك فى عدم استحقاقه للحبس سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه (ولهذا) أى ولان الدوام يفوت فى المشاع تساوى ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها فى الرهن بخلاف الهبة على ماذكره فى الكتاب (وقوله ولا يجوز) أى الرهن (من شريكه) على الوجهين جميعا أما على الوجه الاول فانه لا يقبل

ولا يفضى اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه فى المشاع يفوت الدوام لانه لابد من المهايأة فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع فى الهبة غرامة القسمة وهو فيما يقسم أما حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثانى يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وعن أبى يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة وجه الاول أن الامتناع لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية فى باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض فى الابتداء لنفى الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد فى بعض الرهن قال (ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل فى الارض دونها) لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان فى معنى الشائع (وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر) لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن أبى حنيفة أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الارض وهى مشغولة بملك الراهن (ولو رهن النخيل بمواضعها جاز) لان هذه مجاورة وهى لا تمنع الصحة (ولو كان فيه ثمر يدخل فى الرهن) لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع فى الدار حيث لا يدخل فى رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الارض ولا يدخل فى البيع لما ذكرنا فى الثمرة (ويدخل البناء والغرس فى رهن الارض والدار والقرية) لما ذكرنا (ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته والا بطل كله) لان الرهن حصل كأنه ما ورد الا على الباقى ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهونة وكذا متاعه فى الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا فى دار أو فى وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل

المصنف فيما مر كون الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء بعلتين حيث قال ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الدائن لحاجته أو لضجره انتهى فليت شعرى ما حمل هؤلاء الشراح على حملهم قول المصنف ههنا من الوجه الذى بيناه على العلة الثانية فقط

حكمه وأما على الثانى فلانه يفوت به دوام الحبس كما تقدم وصورة الشيوع الطارئ أن يرهن الجميع ثم يتفاسخا فى البعض أو أذن الراهن للعدل أن يبيع الرهن كيف شاء فباع نصفه وأنه يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وكلامه واضح قال (ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل) هذا معطوف على قوله ولا يجوز رهن المشاع وعلته علته فان الاصل الجامع أن اتصال المرهون بغير المرهون يمنع جواز الرهن لانتفاء القبض فى المرهون وحده لاختلاطه بغيره وقوله (بخلاف المتاع فى الدار) يعنى اذا رهن دارا مشغولة بأمتعة الراهن لم يصح الرهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل فى رهنها من غير ذكر فانتفى القبض ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الامتعة بخلاف ما لو باع النخيل بكل قليل وكثير هو فيها أو منها فانه تدخل الثمار فتدخل فى الرهن لاتصالها بها خلقة وقوله (ولو استحق بعضه) يعنى بعض الرهن بأن رهن دارا أو أرضا فاستحق بعضها فاما أن يكون الباقى غير مشاع بأن كان المستحق جزأ معينا غير مشاع أو كان مشاعا فان كان الاول صح الرهن لانه تبين أن الرهن من الابتداء كان ما بقى وهو غير مشاع وكان جائزا وان كان الثانى تبين أن الرهن من الاول مشاع وهو مانع

(قال المصنف لان الشجر اسم للنابت) أقول يعنى اسم للنابت المخالط للارض اذ المشاجرة هى المخالطة

وقوله (حتى قالوا لا يدخل فيه من غير ذكر) يعني قال المشايخ رحمهم الله اذا رهن دابة عليها لجام أو سرج دخل ذلك في الرهن من غير ذكر تبعا وقوله (ولا يصح الرهن بالامانات) قد تقدم ذكره وقوله (والرهن بالدرك باطل) قد تقدم غير مرة أن الدرك هو رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيأ ويسلمه الى المشتري فيخاف المشتري أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن ان قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أو لا وأما الكفالة بذلك فهي جائزة والفرق ما ذكره في الكتاب وذكر في فائدة ضمان الدرك مع استحقاق رجوع المشتري على البائع عند استحقاق المبيع ضمن البائع دركه أو لا لانه اذا لم يضمن لا يقدر المشتري على الرجوع

حتى قالوا لا يدخل فيه من غير ذكر قال (ولا يصح الرهن بالامانات) كالودائع والعواري والمضاربات (ومال الشركة) لان القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه (وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع) لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيأ لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال (والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة) والفرق أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز أما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة

دون مجموع العلتين كما هو الظاهر أو على العلة الاولى لتقدمها في الذكر هناك والعجب من صاحب العناية أنه قال في شرح قول المصنف وكل ذلك يتعلق بالدوام أي كل ما مر من قوله الا مقبوضا بالنص أو بالنظر الى المقصود ويتعلق بالدوام وقال أما تعلقه بالدوام بالنظر الى المقصود فظاهر فانه لو تمكن من الاسترداد رجعا بعد الرهن والدين جميعا فيفوت الاستيثاق انتهى فقد جعل مدار الاستيثاق في البيان هو العلة الاولى على خلاف ما فسر به مراد المصنف فيما قبل تبصر (قوله بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته) قال في غاية البيان فيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض ألا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو أخذ الرهن بشرط أن يقرضه كذا فهلك في يده قبل أن يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض انتهى وقال تاج الشريعة في شرح قول المصنف حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته هذا اذا ساوى الرهن الدين قيمة وانما أطلق جريا على العادة اذ الظاهر أن يساوي الرهن الدين انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول فيه قصور بين فان ما ذكر في الكتاب كما يتمشى فيما اذا ساوى قيمة الرهن الدين الموعود وهو ما سمى له من القرض يتمشى أيضا فيما اذا كانت قيمة الرهن أكثر من ذلك الدين فلا وجه لتخصيصه بصورة المساواة فالحق أن يقال في البيان

الا اذا قضى القاضي بنقض البيع وأما اذا ضمنه فانه يرجع عليه قضى القاضي بنقض البيع بينهما أو لم ينقض وهذا بناء على أن المبيع اذا استحق لم ينتقض البيع بينهما بدون رضا البائع أو قضاء القاضي لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج أو التلقي من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد وقوله (بخلاف الرهن بالدين الموعود) متصل بقوله يهلك أمانة وصورته ما ذكر في الكتاب وقوله (لان الموعود) يعني من الدين جعل كالموجود باعتبار الحاجة فان الرجل يحتاج الى استقراض شئ وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجودا احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض فان قيل فليجعل المعدوم في الدرك موجودا للاشتراك في الحاجة أجيب بأن المعدوم يجعل موجودا اذا كان على شرف الوجود والظاهر من حال المسلم انجاز وعده والدرك ليس كذلك لان الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره ولانه

(قوله ان قبضه قبل الوجوب) أقول وذلك أي الوجوب بعد الحكم برد الثمن بنسخ البيع (قوله وذكر في فائدة ضمان الدرك) أقول هذه الفائدة ذكرها العلامة الكاكي محالا على فصول الاستروشني (قوله لان احتمال اقامة البائع البينة على النتاج والتلقي من جهة المستحق قائم أما اذا قضى القاضي ثبت العجز وانفسخ العقد) أقول والاقرب احتمال اجازة المستحق البيع

وقوله (لانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده) أي وجود الدين والمقبوض بجهة الشيء حكم ذلك الشيء كالمقبوض على سوم الشراء (فيعطى له) أي للذي قبض بجهة الرهن (حكم الرهن) حتى يهلك بما سمى من المال بمقابلته ويجب على المقرض ايفاء ما وعده وهذا اذا ساوى قيمة ما استقرضه وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب في الرهن أن يساوي الدين فان قيل قياس هذا بالمقبوض على سوم الشراء غير صحيح لان الواجب فيه القيمة وفيما نحن فيه الموعود فالجواب أن التساوي بين المقيس والمقيس عليه في جميع الوجوه ليس بلازم واعتباره به من حيث انه يهلك مضمونا لا أمانة وأما الفرق بينهما من حيث وجوب القيمة والموعود فباعتبار أن ضمان الرهن ضمان استيفاء الدين وحيث جعل الدين موجودا فيتقدر بقدره وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجعل مضمونا بالقيمة عند تعذر ايجاب المسمى كضمان الغصب وقوله (فيضمنه) أي فيضمن المرتهن ما قبض رهنا عن الدين الموعود قال (ويصح الرهن برأس مال السلم الخ) قال زفر رحمه الله حكم الرهن الاستيفاء وهو واضح (وهذا) أي أخذ الرهن عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فكان استبدالا وباب الاستبدال فيهما مسدود قلنا هو استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء في الرهن انما هو من حيث المالية وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كما لو كان الرهن عبدا فمات كان كفنه على الراهن والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان قيل لو كان كذلك لصح الاستبدال في رأس المال في الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فالجواب أن هذا غلط لانا انما اعتبرنا التجانس من حيث المالية في الرهن لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تملك العين لكونه أمانة وفي الاستبدال لا يكتفى بذلك لاحتياجه الى تملك العين أيضا وقوله (لفوات القبض حقيقة وحكما) أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وقوله (يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) بالرفع لكون حتى بمعنى الفاء على ما عرف وقوله (لانه بدله) أي لان رأس المال بدل المسلم فيه وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب اذا هلك فانه رهن بقيمته وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وفي القياس ليس له أن يحبسه لان ذلك الرهن كان بالمسلم فيه وقد سقط ورأس المال دين آخر واجب بسبب آخر وهو القبض فلا يكون رهنا به كما لو كان له على آخر عشرة دراهم ودنانير فرهن بالدنانير رهنا ثم أبرأه المرتهن عن الدنانير فانه لا يكون رهنا بالدراهم والجواب أن الدراهم ليست بدلا من الدنانير بخلاف السلم وقوله (ولو هلك الرهن الخ) أي لو هلك الرهن في يد رب السلم بعد التفاسخ هلك بالطعام المسلم فيه حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه بالطعام لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره أي بغير المسلم فيه وهو رأس المال وقوله (هلك بالطعام) يشير الى أنه لم يهلك برأس المال فعلى المرتهن وهو رب السلم أن يعطي مثل الطعام الذي كان

ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه قال (ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه) وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا أن المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال (والرهن بالمبيع باطل) لما بيناه انه غير مضمون بنفسه (فان هلك ذهب بغير شيء) لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه (وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما) لتحقق القبض حكما (وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا) لفوات القبض حقيقة وحكما (وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه) ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم (ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه) لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته (ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه) لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله

هذا اذا ساوى قيمة الرهن ما سمى له من القرض أو كانت قيمته أكثر من ذلك وأما اذا كانت قيمة الرهن أقل من ذلك فيهلك بقيمة الرهن اذ قد تقرر فيما مر أن الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولكن المصنف ذكر ههنا قوله حيث يهلك بما سمى له من القرض في صورة الاطلاق جريا

(قوله وهذا اذا ساوى قيمة ما استقرضه) أقول فيه بحث فانه اذا كان المسمى أقل من قيمته لهلك بما سمى أيضا (قوله وانما أطلق جريا على أن الظاهر الغالب) أقول ممنوع (قوله وضمان المقبوض على سوم الشراء ضمان مبتدأ يجب بالعقد) أقول الاصوب وضمان المبيع ضمان مبتدأ كما وقع في غيره من الشروح ثم في قوله يجب بالعقد بحث (قوله عند تعذر ايجاب المسمى) أقول لانتفاء البيع وان وجد القبض بجهته (قوله حتى لم يبق لرب السلم مطالبة المسلم اليه) أقول فيه بحث فانه لم تبق ذلك بالتفاسخ قبل أن يهلك الرهن

على المسلم اليه وبأخذ رأس المال لان بقبض الرهن صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى أن هلك فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا أو بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذلك ههنا وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فهلاك الرهن لا يبطل الاقالة فان قيل ذمة رب السلم اشتغلت بمالية الرهن من الدراهم بقدر مالية الطعام وله على المسلم اليه دين من جنس مالية الرهن وهو رأس المال فوجب القصاص ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام أجيب بأنا لا نسلم أن مالية الرهن ههنا من الدراهم فان تقدير مالية الاشياء بالنقود ليس بحتم وانما جاء الشرع بتقديره بها تيسيرا فلا يقتضي الجبر على التقدير بغيرها ولما جعلا الرهن بالطعام مع علمهما بأنه عقد استيفاء كان ذلك منهما تقديرا للمالية بالطعام تحقيقا لغرضهما فكان الرهن من جنس الطعام تقديرا فعند هلاكه اشتغلت الذمة بالطعام دون الدراهم فلا يكون ما عليه للمسلم اليه من جنس ماله على المسلم اليه حتى يلتقيا قصاصا بل يلزمه رد مثل الطعام المسلم فيه لانه استوفى المسلم فيه والاقالة متقررة لما مر آنفا أنها لا تحتمل الفسخ وقوله (لما بينا) يريد به قوله لان الثمن بدله وقوله (وأدى ثمنه له أن يحبسه) يعني أدى ثمنه ثم أراد فسخه للمشتري أن يحبس العبد لاستيفاء الثمن لان العبد هنالك بمنزلة الرهن عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع فان هلك المشتري بعد الحبس في يده هلك بقيمته قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر الخ) كلامه واضح وقوله (وقيام المانع في الباقين) يعني حق الحرية ولهذا لو طرأت هذه التصرفات أبطلته فاذا كانت مقارنة منعته وقوله (ولا يجوز بالكفالة بالنفس) لمعنيين أحدهما ما ذكره في الكتاب أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثاني أن المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شئ وهما جاريان في القصاص في النفس وما دونه وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لان البدل مضمون بنفسه بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن بها رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع (وكذا

وقوله (ولا يجوز بالشفعة) صورته أن يطلب الشفيع الشفعة ويقضي القاضي بذلك فيقول للمشتري أعطني رهنا بالدار المشفوعة وقوله (حتى لو ضاع) يعني الرهن لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شئ مضمون ألا ترى أنهما لو رفعا الامر الى القاضي قبل الرهن فانه لا يأمر المستأجر بتسليم الاجر وقوله (فالرهن مضمون) يعني بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن (لانه رهنه بدين واجب ظاهرا) ألا ترى أن البائع والمشتري لو اختصما الى القاضي قبل ظهور الحرية والاستحقاق فالقاضي يقضي بالثمن ووجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولصيرورته مضمونا

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا قال (ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء الارش من الرهن ممكن (ولا يجوز الرهن بالشفعة) لان المبيع غير مضمون على المشتري (ولا بالعبد الجاني والعبد المأذون المديون) لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شئ (ولا بأجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا) لانه لا يقابله شئ مضمون (ولا يجوز للمسلم أن يرهن خمرا أو يرتهنه من مسلم أو ذمي) لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها المسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم أما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين بحال (ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا أو خلا أو شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا أو الخل خمرا أو الشاة ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا

على ما هو الظاهر الغالب من كون قيمة الرهن مساوية للدين أو أكثر من ذلك (قوله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا) قال جمهور الشراح يريد به قوله لان الثمن بدله أقول ليس هذا بتفسير سديد لان كون الثمن بدل العبد المبيع لا يقتضي أن يكون هلاك المرهون بالثمن دون المبيع ألا يرى أن رأس

(قوله ولا يلزم على المسلم اليه رد الطعام) أقول قوله على المسلم اليه متعلق بقوله رد الطعام ثم أقول الصواب أن يقال ولا يلزم على رب السلم رد الطعام اذ الكلام فيه كما لا يخفى (قوله وقوله لما بينا يريد به قوله لان الثمن بدله) أقول بل يريد به قوله لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره (قال المصنف لان الاستيفاء من الارش ممكن) أقول تأمل في تصحيحه وذلك بتقدير المضاف أي من رهن الارش ولو قال لان استيفاء الارش من الرهن لكان بعيدا من التكلف (قوله والثاني أن المكفول غير مضمون به في نفسه الخ) أقول ولا يبعد أن يدعى انطواء التعليل الاول على الثاني فان تعذر الاستيفاء يجوز أن يكون لعدم مضمونية ما يقابله اذ الاستيفاء تلو الوجوب على ما مر مرارا

وقوله (ثم ظهر أنه) أي العبد المقتول (حر) وقد هلك الرهن فانه يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة الرهن وقوله (ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون) يعني في ظاهر الرواية ووجهه ما ذكرنا أنه قبض بمال مضمون ظاهرا فكان كالدين الثابت حقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله خلافه يعني ليس عليه أن يرد شيأ لانهما لما تصادقا أن لا دين فقد تصادقا على عدم الضمان وتصادقهما حجة في حقهما والاستيفاء بدون الدين لا يتصور وقوله (وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه) يعني أن الرواية عن أبي يوسف محفوظة في مسئلة الصلح عن انكار والمشايخ قالوا القياس يقتضي أن يكون حكم المسائل الباقية مسئلة العبد والخل والشاة كذلك وقوله (لابنه الصغير) احتراز عن الابن الكبير فانه لا يجوز للاب أن يرهن عبده بدين نفسه الا باذن الابن وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله وهذا أنظر في حق الصبي فان هلك الرهن في يد المرتهن هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت مثل الدين وان كانت القيمة أكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة لانهما فيها مودع ولهما الولاية على ذلك وقوله (وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة) بل يبقى دين الغريم على الاب كما كان ويصير للصغير الثمن على المشتري وقوله (واذا رهن الاب متاع ابنه الصغير) يريد بيان جواز أن يكون الاب راهنا ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد وهو أن يكون له دين على ابنه الصغير فأخذ شيأ رهنا من متاعه فيكون راهنا من جهة ابنه ومرتهنا لذاته وقوله (أو عبده تاجر لا دين عليه) قيد بذلك لان الشبهة على ذلك التقدير أما اذا كان عليه دين فلا شك في جوازه وذلك لانه يجوز من الوصي فلأن يجوز من الاب أولى فلو رهن الوصي من عبده ولا دين عليه لم يجز

(وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر أنه حر) وهذا كله على ظاهر الرواية (وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا أن لا دين فالرهن مضمون) وعن أبي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال (ويجوز للاب أن يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير) لانه يملك الايداع وهذا أنظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ خيفة الغرامة (ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك أمانة والوصي بمنزلة الاب) في هذا الباب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان أن في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق (واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب أو الوصي) (موفيا له ويضمنه للصبي) لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا أصل هذه المسئلة البيع فان الاب أو الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة وكذا وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان (واذا رهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابن له صغير أو عبد له تاجر لا دين عليه جاز) لان الاب لوفور شفقته أنزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد (ولو ارتهنه الوصي من نفسه أو من هذين أو رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز)

المال في المسئلة الاولى كان بدل الطعام المسلم فيه مع أن هلاك الرهن بعد التفاسخ هناك كان بالمبيع دون الثمن والصواب أن مراد المصنف بقوله لما بينا انما هو الاشارة الى قوله لانه رهنه به وان كان محبوسا بغيره يعني أن هلاك المرهون بما هو الاصل حين انعقاد الرهن وان كان المرهون محبوسا قبل الهلاك بغيره أيضا لقيامه مقامه وبهذا يتم كون المسئلة الثانية نظيرا للمسئلة الاولى تأمل تفهم (قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه) قال صاحب الغاية أي كما أن الاب والوصي يضمنان للصبي اذا هلك عبده الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سلطا المرتهن على بيعه فباعه انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ يأبى عنه جدا قول المصنف في التعليل لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أن الاب والوصي كما يجوز لهما أن يرهنا بدين عليهما عبدا للصغير كذلك يجوز لهما أن يسلطا المرتهن على بيع ذلك العبد فحينئذ ينتظم التعليل المذكور ويظهر وجه ترك المصنف قيد فباعه بعد قوله وكذلك لو سلطا المرتهن على بيعه اذ لو كان مراده ما زعمه الشارح المزبور لكان ذكر ذلك القيد مما

(قال المصنف وعن أبي يوسف وزفر أنه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس) أقول فينبغي أن يكون هذا رواية ظاهرة عن زفر فلا يناسبه كلمة عن

لانه وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير وعبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا (وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز) لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز (وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن) لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء (واذا رهن الاب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الاب ليس للابن أن يرده حتى يقضي الدين) لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه (ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب) لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فأشبه معير الرهن (وكذا اذا هلك قبل أن يفتكه) لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله أن يرجع عليه (ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز) لاشتماله على أمرين جائزين

لا بد منه بل كان عليه أن يزيد على ذلك القيد شيأ آخر وهو أن يقول وأخذ ثمنه لنفسه بدل دينه على الراهن اذ لو جعل ثمنه رهنا موضع عينه ولم يتلفه لا يضمنان شيأ للصبي لانهما لما كان رهن مال الصبي بدين عليهما وعلى كان التوكيل ببيع ماله فمن أين يلزمهما الضمان بمجرد تسليطهما المرتهن على بيعه وبيع المرتهن اياه اذا لم يتلف المرتهن ثمنه بل حفظه بدل المبيع (قوله وهو قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب) قلت قوله الحاقا له بالاب علة للمنفي دون النفي تأمل تقف (قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين) قال صاحب العناية يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير لدين على نفسه ورهنهما ذلك لدين على الصغير وعلى هذا المعنى رأى جمهور الشراح ههنا أقول فيه بعد عما يتحمله كلام المصنف فان الذي ذكره المصنف فيما قبل انما هو رهن الاب متاع الصغير لدين على نفسه أو لدين على الصغير دون رهن الوصي اياه فالظاهر أن الضمير في قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير راجع الى الاب فقط فدرج رهن الوصي أيضا في بيان مراد المصنف ههنا لا يناسب سياق كلامه وأيضا قال المصنف فيما بعد وكذلك الوصي وكذلك الجد أب الاب اذا لم يكن الاب أو وصي الاب ولا يخفى أن هذا العطف والتشبيه يقتضي أن يكون قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير مخصوصا بالاب فدرج الوصي في مضمونه لا يناسب لحاق كلامه فالحق في شرح هذا المقام ما ذكره صاحب العناية حيث قال أراد به ما رهن الاب متاع الصغير بدين نفسه وبدين على الصغير انتهى ثم قال صاحب العناية في بيان وجه قول المصنف لاشتماله على أمرين جائزين وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ما جاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس انتهى أقول في هذه الكلية منع ظاهر ألا يرى أن انسانا أو فرسا يطيق تحمل كل واحد من أجزاء البيت المركب من الاحجار والاشجار مثلا ولا يطيق تحمل الكل قطعا وان رجلا شجاعا يطيق مقابلة كل واحد من آحاد العسكر على الانفراد ولا يطيق مقابلة مجموع العسكر

أن بيع الاب مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن في ذلك منفعة ظاهرة بأن باع بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة وأما بيع الوصي من نفسه فلا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا رهنه من نفسه على ما ذكره في الكتاب وهو واضح فالضمير في قوله من ابنه الصغير وابنه الكبير وعبده للوصي وقوله (لان له حكما واحدا) يريد كونه مضمونا بالاقل من القيمة والدين سواء رهنه عند هؤلاء أو عند أجنبي وقوله (واذا رهن الاب متاع الصغير) يعني سواء كان لنفسه أو للصغير وقوله (ومات الاب) قيد اتفاقي لانه لو كان حيا كان الحكم كذلك ثم اذا قضى الابن دين المرتهن فان كان الرهن لنفسه فذاك وان كان لوالده فله أن يرجع في مال والده لانه مضطر فيه على ما ذكر في الكتاب وقوله (لاشتماله على أمرين جائزين) يريد به رهن الاب والوصي متاع الصغير

(قوله لا دين عليه في الموضعين) أقول يعني الاب والوصي (قوله وان كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة) أقول بل بالاقل من الدين والقيمة فان لا يقال بني كلامه على الاعم الاغلب وهو مساواة الدين الرهن لانه ممنوع كما سبق (قوله فان كان الرهن لنفسه) أقول أي لمصلحة نفسه

(فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد) لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد أب الاب اذا لم يكن الاب أو وصي الاب (ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم) لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على مانبينه ان شاء الله تعالى (والمال دين على الوصي) معناه هو المطالب به (ثم يرجع بذلك على الصبي) لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي (ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي) لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه (ولو غصبه الوصي بعد مارهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن لقيمته) لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل (فان كان قيمته مثل الدين أداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم) لانه وجب لليتيم عليه مثل ماوجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا (وان كانت قيمته أقل) من الدين (أدى قدر القيمة الى المرتهن وأدى الزيادة من مال اليتيم) لان المضمون عليه قدر القيمة لاغير (وان كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أدى قدر الدين من القيمة الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن) لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فتكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه (ولو أنه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير) لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ

معا وهذا في الامور الخارجية وأما في الاحكام الشرعية فكما أنه يجوز لرجل أن يجامع كل واحدة من الاختين منفردة عن الاخرى بملك نكاح أو ملك يمين ولا يجوز له أن يجمعهما معا في الجماع بشئ من ذينك السببين ولعل سائر الشراح وصاحب الكافي تنبهوا لعدم صحة الكلية فقالوا في البيان والتعليل وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد فكذلك بدينهما ولم يزيدوا على هذا المقدار شيأ لكن لا يخفى على الفطن المتأمل أن تعليلهم المذكور بدون تلك الكلية لا يفيد الشفاء في اثبات المدعى هنا ثم ان بعض الفضلاء لما تنبه لاختلال الكلية الواقعة في كلام صاحب العناية قصد الاصلاح حيث قيد قوله لان كل ماجاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل بأن قال اذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الاختين وسائر مالا يجوز الجمع بينهما أقول هذا التقييد يخل بالمقام أما أولا فلان التعليل المذكور لا يتم اثباتا للمدعى حينئذ فان عدم تحقق المانع فيما نحن فيه أول المسئلة اذ لو كان ينافي نفسه لما احتيج الى ذكر جواز رهن الاب متاع الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير بعد أن ذكر فيما قبل جواز رهنه اياه بكل واحد منهما وأما ثانيا فلانه لا يتم حينئذ قول صاحب العناية دون العكس فان ما يثبت للكل يجوز أن يثبت للجزء اذا لم يمنع عنه مانع سيما في الامور الهينة (قوله ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه لما أن له ولاية الاخذ) وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لم لا يكون لا يجوز التصرف لكل واحد (قال المصنف لما أن له ولاية الاخذ) أقول لم لا يكون اقرارا بالاستعمال في حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه

بدين على نفسه ورهنهما ذلك بدين على الصغير وذلك لانه لما ملك أن يرهن بدين كل واحد منهما على الانفراد ملك بدينهما لان كل ماجاز أن يثبت لكل واحد من أجزاء المركب جاز أن يثبت للكل دون العكس وقوله (كفعله بنفسه) أي كفعل اليتيم بنفسه وقوله (والحكم فيه هذا) يعني لو كان اليتيم بالغا فرهن متاعه بنفسه ثم استعاره من المرتهن فهلك في يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يصير المرتهن مستوفيا ولا يمكن أن يجعل صاحب الدين مستوفيا لدينه باعتبار يد المديون واذا لم يسقط الدين بهلاكه يرجع المرتهن على الوصي بالدين كما كان يرجع به قبل الرهن ويرجع به الوصي على اليتيم وقد ضاعت العين من مال اليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم وقوله (يضمنه لحق المرتهن) يعني قدر الدين ولا يضمنه لحق الصغير يعني قدر الزيادة على الدين

(قوله جاز أن يثبت للكل) أقول اذا لم يمنع مانع كما في الجمع بين الاختين وسائر مالا يجوز الجمع بينهما (قوله دون العكس) أقول كما في الوكيلين والوصيين

وقوله (يأخذه بدينه) أي يأخذ المرتهن ماضمنه الوصي بمقابلة دينه فصله عما قبله للاستئناف وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له (قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير) قد علمت أن كل ما يمكن الاستيفاء منه جاز أن يرهن بدين مضمون والدراهم والدنانير على هذه الصفة فيجوز رهنها فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة ولا معتبر بالجودة لسقوطها عند المقابلة بجنسها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره وقوله (فهو بما فيه) يعني فذلك الرهن يباع بمقابلة الدين كله وقوله (في الوجهين) يريد به ما يكون قيمته مثل وزنه أو أكثر على ما ذكره في الكتاب وقوله (على الخلاف المذكور) يعني عند أبي حنيفة رحمه الله يهلك بالدين وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه وقوله (ثم يتملكه) يعني الراهن يتملك الرهن الذي جعل مكان الرهن الاول وقوله (واستيفاء الجيد بالردىء جائز) قال في النهاية هكذا وقع في النسخ ولكن الاصح أن يقال واستيفاء الردىء بالجيد جائز وانما قلنا ان هذا أصح لوجهين أحدهما أن الاستدلال بقوله كما اذا تجوز به أي في بدل الصرف والسلم يؤذن أن الاصح أن يقال واستيفاء الردىء بالجيد لان التجوز انما يستعمل فيما اذا أخذ الردىء مكان الجيد ولان جواز استيفاء الجيد بالردىء لا شبهة لاحد فيه فلا يحتاج الى الاستدلال بشئ آخر والثاني الاستدلال بوضع المسئلة فان وضع المسئلة فيما اذا استوفى المرتهن بعشرته قيمة ابريق هي أقل من العشرة لرداءته فكان المرتهن مستوفيا الردىء بمقابلة جيده وأرى أن ما في النسخ حق وبفهم ما رومه صاحب النهاية رحمه الله فليتأمل وقوله (وقد حصل الاستيفاء بالاجماع) لما عرف أن بقبض الرهن يثبت الاستيفاء ولا ينتقض الا بالرد والفرض عدمه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لابد له من مطالب وهو اما أن يكون الراهن أو المرتهن لا سبيل الى الاول لكونه متعنتا لطلبه ما يضره ولا المرتهن لانه مطالب فلا يكون مطالبا ولانه يلزم تضمين الانسان ملك نفسه لنفسه واذا لم يمكن نقضه تعذر التضمين

فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن يأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال (ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون) لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا للرهن (فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة) لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند أبي حنيفة لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه (وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال رضي الله عنه معناه أن تكون قيمته مثل وزنه أو أكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا (فان كانت قيمته أقل من الدين فهو على الخلاف) المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله أن الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردىء جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لابد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين يتعذر النقض

اقرارا بالاستعمال في حاجته فانه متعد فيه ولهذا يضمنه انتهى أقول ليس ذلك بشئ فان الاستعمال في حاجة نفسه ليس بداخل في حقيقة الغصب ولا أمر لازم له اذ الغصب في اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل التغلب وفي الشريعة أخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده كما مر ذلك كله في صدر كتاب الغصب ولا شك في عدم دخول الاستعمال في حاجة نفسه في شئ من معنيي الغصب ولا في عدم لزومه لشئ منهما فكيف يكون الاقرار بالغصب اقرارا بالاستعمال في حاجته (قوله وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه) قال في العناية وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا فيه لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل انتهى أقول هذا كلام لغو اذ لا يخفى أن رواية القدوري ليست بمحتاجة الى تفصيل كثير مثل ما تحتاج اليه رواية الجامع الصغير وليس مراد صاحب العناية أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل ما حتى يقال ان رواية القدوري أيضا محتاجة الى ذلك بل مراده

(قوله الدراهم والدنانير) أقول والمكيل والموزون كذلك وانما لم يذكرهما اكتفاء بذكر الدراهم والدنانير (قوله وأتى برواية الجامع الصغير لاحتياجها الى تفصيل ذكره) أقول لا يخفى أن رواية القدوري أيضا محتاجة الى التفصيل

وقوله (قيل وهذه فريعة ما اذا الخ) انما يتصور جعلها فريعة تلك بناء على ماروى عيسى بن أبان رحمه الله أن محمدا مع أبي يوسف رحمهما الله في تلك المسئلة وأما على الرواية المشهورة فلا يتصور لان محمدا فيها مع أبي حنيفة رحمه الله وفي هذه مع أبي يوسف رحمه الله وقوله (والفرق لمحمد) يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة أنه أي رب الدين قبض الزيوف ليستوفي حقه من عينها أي أن يكون عينها قام ماله عليه من الدين والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وللمرتهن قبض الرهن ليستوفي دينه من محل آخر فكان قابلا لرده بالضمان وأخذ مثل حقه فينتقض القبض ووجه البناء ما قيل ان الزيف مقبوض للاستيفاء فيكون بمنزلة المقبوض لحقيقة الاستيفاء وهناك المستوفي اذا تعذر رده بالهلاك يسقط حقه ولا يرجع بشئ عند أبي حنيفة لمكان الجودة فكذا في الرهن وعندهما هناك يضمن مثل المستوفي و يقام رد المثل مقام رد العين لمراعاة حقه في الجودة فكذلك في الرهن قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه ولكن جعله هذه المسئلة مبتدأة أولى لانه وجد ههنا للمرتهن الرضا بالاستيفاء من الرهن عند الهلاك لعلمه أن بالهلاك يصير مستوفيا دينه باعتبار الوزن ولم يوجد ثمة وقوله (ولو انكسر الابريق) كان الكلام فيما مر من حيث هلاك الرهن وههنا من حيث انكساره ولو انكسر الابريق وكانت قيمته مثل وزنه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله لا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان أجبر عليه فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله وهو نقصان من جهة الرهن لا وجه الى الاول لانه أي المرتهن يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا لم يسقط شئ من دينه وذلك ضرر به لا محالة فخيرناه بين أن يفتكه بما فيه أي بالدين الذي في المكسور وهو جميع الدين و بين أن يضمن المرتهن قيمته من جنسه أو خلاف جنسه مصوغا فتكون رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا الحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا يعني لما تقدم أنه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين ولا أن يفتكه مع النقصان بقي أن يفتكه مجانا وهو متعذر فصار بمنزلة الهلاك في تعذر الفكاك وفي الحقيقي من الهلاك مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وقلنا الاستيفاء عند هلاك الرهن استيفاء بالمالية وكل ما هو استيفاء عند الهلاك بالمالية فطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة لفوات عينه ثم تقع المقاصة بين الدينين وهو مشروع وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن وهو الاحتباس الكلي بأن يصير الرهن مملوكا للمرتهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة يمنع الاستيفاء وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لان محمدا فيها مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى أن يذهب شئ من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو خلاف جنسه وتكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى

أن رواية الجامع الصغير محتاجة الى تفصيل كثير زائد على ما احتاج اليه رواية القدوري كما أتمه المصنف في مقدار تمام جانبي الورقة وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله الى تفصيل ذكره فلغا ما قاله ذلك البعض كما لا يخفى (قوله والفرق لمحمد رحمه الله) قال صاحب النهاية أي على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة واقتفى أثره في هذا التفسير جماعة من الشراح منهم صاحب العناية

(قال المصنف وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد الخ) أقول فان قلت لا أولوية لكون هذه فرع تلك دون العكس بل الظاهر أن كليهما فرعا أصل واحد قلت بين كيفية التفرع في الشروح فراجعها (قوله يعني على تقدير أن تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة) أقول فيه بحث اذ ينهدم حينئذ أمر البناء يعني بناء على قول محمد كما لا يخفى على أولى النهى الا أن يقال المراد كونها بناء عليها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف (قوله وعندهما) أقول على رواية عيسى بن أبان (قوله لعلمه بأن الهلاك) أقول هذا العلم بعد تقرير المسئلة والكلام فيه (قوله فاما أن يكون مع ذهاب شئ من الدين أو مع كماله) أقول يعني أو مع كمال الدين

وفى عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجباً وصواباً أو الصحيح أو ماشا كل ذلك وقوله (وفى الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته أقل من وزنه) بأن يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية لوجود عشره فيه يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربا أو رديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى أن يحل الاجل و يكون المكسور له وهذا بالاتفاق وأما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه فى حالة الانكسار على مامر وكذا عند محمد رحمه الله لانه يعتبر الانكسار بالهلاك والهلاك عنده بالقيمة يعنى فى هذا الفصل وهو ما اذا كانت قيمة الابريق أقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وانما قدم الوجه الثالث على الثانى لاحتياج الثانى الى زيادة بيان فيه طول وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كان وزنه عشرة كالدين وقيمته أكثر من وزنه اثنى عشر لجودة وصناعة فيه عند أبى حنيفة رحمه الله يضمن جميع قيمته و يكون رهنا عنده وعند أبى يوسف رحمه الله يضمن خمسة أسداس قيمته و يملك خمسة أسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع فان الطارئ منه فيه كالمقارن كما تقدم وعند محمد رحمه الله أن النقص بالانكسار ان كان درهما أو درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان أكثر من ذلك يخير الراهن بين أن يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين أن يسترده بقضاء جميع الدين ووجه قول أبى حنيفة رحمه الله أن العبرة فى الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن أكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزائد عليه وتنقسم الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها أمانة وهذا لان الجودة تابعة بخلاف للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة وفى مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الفرض أن وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم البيع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك أن حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل أمانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل هى بمنزلة الغصب فى كونها على خلاف رضا الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول أبى يوسف رحمه الله أن الضمان والامانة يشيع فى الوزن والجودة لان الجودة متقومة فى ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة

وفى الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديئا من جنسه وتكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفى الوجه الثانى وهو ما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنى عشر عند أبى حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة وعند أبى يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته و يكون خمسة أسداس الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا و يكون مع قيمته خمسة أسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة فى ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة

أقول لم أدر كيف ذهبوا الى هذا الشرح مع ظهور بطلانه اذ قد صرح المصنف بان بناء هذه المسئلة على تلك المسئلة لا يصح على الرواية المشهورة فى تلك المسئلة لان محمدا فيها مع أبى حنيفة وفى هذه المسئلة مع أبى يوسف وذكر الشراح أن بناء هذه على تلك انما يتصور على ماروى عيسى بن أبان أن محمدا مع أبى يوسف فى تلك المسئلة ولا يخفى أن الفرق لمحمد بين المسئلتين انما يتصور على الرواية المشهورة فى تلك المسئلة دون رواية عيسى بن أبان فيها فان قول محمد واحد فى المسئلتين على روايته فالفرق لمحمد ينافى البناء قطعا والصواب فى شرح هذا المحل أن يقال أى على تقدير أن لا تكون هذه المسئلة بناء على تلك المسئلة كما هو مقتضى الرواية المشهورة فيها بل كانت مسئلة مبتدأة كما هو الاصح كما ذكره شيخ الاسلام فى مبسوطه ونقل عنه عامة الشراح ههنا ويفصح عما ذكرنا تحرير صاحب الكافى فى هذا المقام حيث قال وقيل هذه المسئلة فرع ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وهو لا يعلم به وهلكت الزيوف عنده ثم علم بالزيافة فانه سقط دينه ولا شئ عليه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه وقول محمد أولا كقول أبى حنيفة وآخرا كقول أبى يوسف كذا ذكره عيسى بن أبان والاصح أن هذه مسئلة مبتدأة لان محمدا مع أبى حنيفة فى تلك المسئلة فى المشهور ومع أبى يوسف فى هذه

(قوله وفى عبارته تسامح والحق فكان التضمين بالقيمة واجبا أو صوابا أو الصحيح أو ماشا كل ذلك) أقول فيه بحث (قوله احترازا عن الربا الخ) أقول فيه بحث بل التقييد بالجيد للايذان بأنه لا يلزم الربا فى خلاف الجنس وان ضمن بالجيد فليتأمل فان مراده تعليل تقييد ضمان الجيد بكونه خلاف جنسه فان المرتهن يملك عشرة دراهم لضمانه ثمانية ان ضمن قيمته جيدا من جنسه

(بخلاف جنسها وفى تصرف المريض) فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشترى ويعتبر خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لالكونها هدرا فى ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة فى الوزن فأمكن اعتبارها ويصير خمسة أسداس الابريق مضمونا بجودته وصنعته وسدسه أمانة فالتغير بالانكسار فيما هو أمانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده أيضا فيضمن قيمة خمسة أسداسه من خلاف جنسه ووجه قول محمد رحمه الله أن الوزن مضمون والجودة أمانة للمناسبة لأن الجودة تابعة للوزن لا تنفصل عنه وصفة الامانة

بخلاف جنسها وفى تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها وفى بيان قول محمد نوع طول يعرف فى موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشترى شيأ بعينه جاز استحسانا) والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع شيأ على أن يعطيه كفيلا معينا حاضرا فى المجلس فقبل ووجه القياس أنه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله يفسد البيع ووجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقى الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح (ولو امتنع المشترى عن تسليم الرهن لم يجبر عليه) وقال زفر يجبر لان الرهن اذا شرط فى البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات (ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع) لانه وصف مرغوب فيه وما رضى الا به فيتخير بفواته (الا أن يدفع المشترى الثمن حالا) لحصول المقصود (أو يدفع قيمة الرهن رهنا) لان يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة

المسئلة والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف الى آخر كلامه تبصر (قوله فاذا كان الكفيل حاضرا بالمجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى) قال صاحب الكفاية أى معنى الشرط وهو الملاءمة أقول ليس هذا بسديد اذ لا يساعده تحرير المصنف قطعا فانه قال بعد قوله اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فيصير معنى كلام المصنف على ما ذكره الشارح المذكور وهو أى معنى الشرط الذى هو الملاءمة ملائم ولا حاصل له كما لا يخفى فالحق أن مراد المصنف اعتبرنا فيه المعنى أى معنى الشرط الذى هو الاستيثاق وهو أى هذا المعنى الذى هو الاستيثاق ملائم أى ملائم للعقد لكونه مؤكدا موجب العقد فصح العقد وهذا المعنى صحيح مطابق لقوله فى وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه ملائم للوجوب (قوله واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) أقول فيه شئ وهو أن التعليل بقوله للجهالة قاصر عن افادة تمام المدعى فانه انما يتمشى فيما اذا لم يكن الرهن والكفيل معينا لا فيما اذا كان الكفيل غائبا اذ الغيبة لا تقتضى الجهالة لجواز أن يكون معلوما معينا ولا يكون حاضرا فى المجلس بل هو المراد بقوله أو كان الكفيل غائبا حيث جعله قسيما لكون الرهن والكفيل غير معين اللهم الا أن يقال ان الجهالة المذكورة فى التعليل تعم الجهالة من حيث الذات والجهالة من حيث المكان وان الجهالة الثانية تتحقق فيما اذا كان

فى المرهون كذلك فيجعل الاصل فى مقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع واذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان فى المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفى هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان فى الامانة والرهن والمضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شئ واعلم أن الدرهم والدرهمين ليسا بحد فاصل فى ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصناعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان ههنا باعتبار أن الزيادة فى المسئلة مفروضة بذلك قال (ومن باع عبدا على أن يرهنه المشترى شيأ بعينه الخ) كلامه واضح وقوله (لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة) يعنى أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان بالنظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشترى ربما يأتى بشئ يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملئ وليس فى ذلك من التوثق شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد

(قوله بخلاف جنسها) أقول لئلا يلزم الربا فانه اذا ضمن بجنسه يملك المرتهن عشرة دراهم بمقابلة اثنى عشر (قوله فيضمن قيمته خمسة أسداسه من خلاف جنسه) أقول حذرا عن الربا

وقوله (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال البائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن) قيل بر بدبه ثوبا غير المشترى والصواب أنه وغيره سواء ولو قال أمسكه بدينك أو قال أمسكه رهنا حتى أعطيك ثمنك فهو رهن بلا خلاف وقوله (علم أن مراده الرهن) لان حكم الرهن هو الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح به ذا علم أن مراده الرهن

﴿فصل﴾ وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء فى تأخر التعدد عن الافراد قوله (وصار كالمبيع فى يد البائع) فى أن المشترى اذا أدى حصة أحدهما من الثمن فى البيع لا يتمكن من أخذه حتى يؤدى باقى الثمن فاذا سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيأ كالو رهن عبدين بألف كل عبد بخمسمائة ثم قضاه خمسمائة فكذلك الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له أن يقبض اذا أدى ما سمى ووجه كل واحد منهما ماذكر فى الكتاب وقوله (ألا يرى) توضيح لذلك فانه لما تمكن المرتهن من تفريق القبول فى الابتداء وجب أن يتمكن الراهن من تفريق القبض فى الانتهاء وحاصله أن الصفقة تتفرق فى باب الرهن بتفرق التسمية فكانه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشترى العقد فى أحدهما دون الآخر لم يجز كما فى حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد عليك

قال (ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن) لانه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة فى العقود للمعانى حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة فى ضد ذلك كفالة وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبى يوسف لان قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثانى أقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم أن مراده الرهن

﴿فصل﴾ * ومن رهن عبدين بألف فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدى باقى الدين) وحصة كل واحد منهما ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من أجزائه مبالغة فى حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع فى يد البائع فان سمى لكل واحد من أعيان الرهن شيأ من المال الذى رهنه به فكذا الجواب فى رواية الاصل وفى الزيادات له أن يقبضه اذا أدى ما سمى له وجه الاول أن العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما فى المبيع وجه الثانى أنه لا حاجة الى الاتحاد لان أحد العقدين لا يصير مشروطا فى الآخر ألا يرى انه لو قبل الرهن فى أحدهما جاز

الكفيل غائبا لكن فيه ما فيه تامل ثم ان صاحب العناية قال فى شرح هذا المقام يعنى أن جواز العقد استحسانا مع وجود الشرط انما كان باعتبار النظر الى معناه واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه وهو الاستيثاق لان المشترى ربما يأتى بشئ يساوى عشر حقه أو يعطى كفيلا غير ملئ وليس فى ذلك من التوثق شئ فبقى الاعتبار لعين الشرط فيفسد العقد انتهى أقول وفيه قصور أما أولا فلانه ترك ذكر كون الكفيل غير معين فى تصوير المدعى حيث قال واذا كان الرهن غير معين والكفيل غائبا فات معناه مع أن كون الكفيل غير معين داخل أيضا فى مسئلة الكتاب وأما ثانيا فلان قوله فى التعليل أو يعطى كفيلا غير ملئ لا يفيد ما سبق له وهو قوله فى المدعى والكفيل غائبا لما ذكرنا آنفا أن غيبة الكفيل عن المجلس لا تقتضى عدم تعينه فيجوز أن يعين المشترى للكفالة رجلا مليأ غائبا عن المجلس فكيف يقدر على أن يعطى كفيلا غير ملئ بعد أن عين الملئ للكفالة والحق فى تعليل فوات المعنى عند كون الكفيل غائبا أن يقال لجواز أن لا يقبل الكفالة عند حضوره ولعل المصنف ترك تعليل هذه الصورة بناء على ظهوره أو انفهامه من قوله ولو كان غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح تدبر

﴿فصل﴾ قال فى العناية أخذا من النهاية وجه الفصل كون الرهن متعددا ولا خفاء فى تأخر التعدد عن الافراد انتهى أقول لا يذهب عليك أن هذا الوجه انما يتم بالنظر الى المسئلة الاولى من هذا الفصل دون المسائل الباقية منه اذ لا تعدد فى الرهن فى شئ منها وانما التعدد فى المرتهن فى بعض منها وفى الراهن فى بعض آخر منها فالاولى أن يقال وجه الفصل كون الرهن أو المرتهن أو الراهن متعددا كما أشار اليه فى غاية البيان فحينئذ ينتظم وجه الفصل جميع المسائل المذكورة فى هذا الفصل كما ترى (قوله ألا يرى أنه لو قبل الرهن فى أحدهما جاز) قال صاحب النهاية والعناية وحاصله أن الصفقة

والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقى فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهى حكم الرهن لحصول المقصود به قال

﴿فصل﴾ ومن رهن عبدين (قوله وجه الفصل كون الرهن متعددا) أقول أو الراهن أو المرتهن (قوله وهذا لان البيع الخ) أقول قوله وهذا أى وجه الفرق بين البيع والرهن حيث لا يتمكن المشترى من قبض حصة الثمن بنقده فى الاول ويتمكن الراهن باداء حصة أحد الرهنين من استرداده بأنه لا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام فى الرهن على تقدير اتحادها بخلاف البيع فلا حاجة الى الاتحاد فيه

تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية فكأنه رهن كل عبد بعقد على حدة بخلاف البيع فانها لا تتفرق فيه بتفرق التسمية بدليل أنه لو باعه عبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المشترى العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز كما في حالة الاجمال وهذا لان البيع عقد تمليك والهلاك قبل القبض يبطله فبعد ما نقد بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض المعقود عليه أدى الى تفريق الصفقة قبل التمام بأن يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه انتهى أقول فيه بحث وهو أن حاصل كلامهما الاستدلال على أن الصفقة تتفرق في باب الرهن بتفرق التسمية ولا تتفرق في باب البيع بذلك بدليلين أحدهما إني وهو أنه لو رهن عبدين بألف وسمى لكل واحد منهما شيأ من الالف فقبل المرتهن الرهن في أحدهما دون الآخر جاز وان باعهما بألف وسمى لكل واحد منهما شيأ من الالف فقبل المشترى العقد في أحدهما دون الآخر لم يجز وثانيهما لمي وهو ما ذكراه بقولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الخ والاول منهما سالم والثاني منظور فيه عندي اذ لا شك أن المحذور تفريق الصفقة الواحدة دون تفريق الصفقة المتفرقة في الاصل وأن الكلام هنا في اثبات أن الصفقة تتفرق بتفرق التسمية في باب الرهن ولا تتفرق بذلك في باب البيع فالتأدي الى تفريق الصفقة في باب البيع على تقدير أن يتمكن المشترى من قبض بعض المعقود عليه بعد ما نقد بعض الثمن انما يكون محذورا عند ثبوت عدم تفرق الصفقة بتفرق التسمية في باب البيع ولم يثبت بعد بل هو أول من قصد اثباته ههنا بقولهما وهذا لان البيع عقد تمليك الخ فابتناء الدليل عليه مصادرة على المطلوب فالوجه الظاهر في لمية الفرق بين بابي الرهن والبيع في تفرق أحدهما بتفرق التسمية دون الآخر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وانما افترقا لان ضم الرديء الى الجيد متعارف في البيع غير متعارف في الرهن فلو تفرق البيع بتفرق التسمية كان للمشترى أن يقبل في أحدهما فيقبل الجيد فيتضرر به البائع ولو تفرق الرهن بتفرق التسمية لم يتضرر به الراهن ولان في البيع اذا جمع بينهما لو تفرقت الصفقة تصير الثانية شرطا في الاولى وهو شرط فاسد والبيع يفسد به أما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة انتهى ثم قال صاحب النهاية والعناية فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوي أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذلك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا وهو يقول هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هو رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا أمكن فكاك البعض بقضاء بعض الدين انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلانه لم يجعل قيمة كل واحد من العبدين فيصلا في قطع المنازعة في حالة الاجمال ولولا ذلك لما كان في قول المصنف في صدر مسئلة الاجمال وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين على قيمتهما فائدة وأما ثانيا فلانه اذا كان العبدان متساويين في القيمة لا يوجد هناك جهالة تفضي الى المنازعة مع أن جواب مسئلة الاجمال تعم هذه الصورة أيضا فالاولى في دفع النقض بحالة الاجمال أن يقال لان تفرق الصفقة انما يتصور فيما اذا كان في كلام العاقد ما يتحمله كما في حالة التفصيل فان تفرق التسمية فيها تحتمل تفرق الصفقة بخلاف حالة الاجمال اذ لم يوجد فيه شئ يحتمله فاذا تعين الحمل فيها على تفرق الصفقة فيها وان لم يلزم التأدي الى تفريق الصفقة قبل تمامها في باب الرهن على تقدير أن يحمل عليه في حالة الاجمال أيضا تأمل

كما أن بالافتكاك ينتهي حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لم يؤد ذلك الى تفريق الصفقة لان أكثر ما فيه أن يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن فيه فان قيل هذا في حالة الاجمال موجود قلنا نعم ولكن حصة كل عبد من الدين فيها غير معلوم بيقين فربما كان أحد العبدين أكثر قيمة مثل أن يساوي أحدهما ألفا والآخر ألفين ورهنهما بثلاثة آلاف أحدهما بألف والآخر بألفين ولم يبين هذا من ذلك وأراد الراهن فكاك الذي قيمته ألفان فأدى ألفا ويقول هذا الذي رهنته بألف والمرتهن يقول بل هذا رهن بألفين فكان ذلك جهالة تفضي الى المنازعة فأما عند التفصيل فحصة كل عبد معلومة بالتسمية لا جهالة هناك تفضي الى المنازعة فلهذا تمكن من فكاك البعض بقضاء بعض الدين

(قوله فانه بالهلاك ينتهي) أقول أي بالهلاك في يد المرتهن (قوله فلو تمكن من استرداد) أقول أي فلو تمكن الراهن

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين الخ) صورة المسئلة ظاهرة ولم يتعرض لكونهما شريكين فى الدين أو غيره ولا لكون
الدينين من جنس واحد أو من جنسين مختلفين بأن يكون دين أحدهما دراهم ودين الآخر دنانير لان الكل فى ذلك سواء وقوله (لان
الرهن أضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فيه) قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول
أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما
نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب أن اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة
والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لابد منه فى الرهن والشيوع يمنع عنه وهذا هو الجواب لأبى حنيفة رضى الله عنه فى جعل ذلك شائعا مانعا عن الهبة دون الرهن وقد تقدم وقوله (فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر) يشير الى أن ارتهان كل واحد منهما باق ما لم يصل الرهن الى الراهن وقوله (لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما من غير تفرق) اعترض عليه

قال (فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما) لان الرهن أضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزى فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا تجوز عند أبى حنيفة (فان تهايآ فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر) قال (والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين) لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزأ قال (فان أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا فى يد الآخر) لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما من غير تفرق

(قوله فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة ولا شيوع فيه) قال صاحب العناية أخذا من النهاية قيل هو منقوض بما اذا باع من رجلين أو وهب من رجلين على قول أبى يوسف ومحمد فان العقد فيهما أضيف الى جميع العين فى صفقة واحدة وفيه الشيوع حتى كان المبيع والموهوب بينهما نصفين كما لو نص على المناصفة والجواب ان اضافة العقد الى اثنين توجب الشيوع فيما يكون العقد مفيدا للملك كالهبة والبيع فان العين الواحدة لا يمكن أن تكون مملوكة لشخصين على الكمال فتجعل شائعة تنقسم عليهما للجواز والرهن غير مفيد للملك وانما يفيد الاحتباس ويجوز أن تكون العين الواحدة محتبسة لحقين على الكمال فيمتنع الشيوع فيه تحريا للجواز لكون القبض لابد منه فى الرهن والشيوع يمنع عنه الى هنا كلامه أقول هذا السؤال والجواب على التقرير المذكور ليسا بصحيحين فى حق الهبة اذ لا فرق على قول أبى يوسف ومحمد بين الرهن والهبة فى عدم تحقق الشيوع فى شئ من صورتى رهن عين واحدة عند رجلين وهبتها منهما وانما الفرق بينهما على قول أبى حنيفة ألا يرى الى ما مر فى كتاب الهبة من انه اذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وان وهب واحد من اثنين لا يجوز عند أبى حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما لو رهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما ينقسم فقبل أحدهما صح لان الملك يثبت لكل واحد منهما فى النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين أحدهما لا يسترد شيأ من الرهن انتهى فلا معنى لنقض ما نحن فيه بالهبة على قول أبى يوسف ومحمد أصلا ولا للجواب عنه على قولهما بما ذكر فى الجواب المذكور من الفرق كما لا يخفى (قوله وان أعطى أحدهما دينه كان كله رهنا فى يد الآخر لان جميع العين رهن فى يد كل واحد منهما من غير تفرق) قال فى العناية أخذا من النهاية اعترض عليه بان المرتهن الذى استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقى بالاستيفاء فينبغى أن يكون الرهن فى

(قوله لكون القبض لابد منه فى الرهن والشيوع يمنع عنه الخ) أقول وكذلك فى الهبة فلم يحصل الجواب على قولهما وكان المراد ذلك (قال المصنف فان تهايآ فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر) أقول هذا اذا كان مما لا يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ أوجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبى حنيفة خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع رجل عند رجلين شيأ يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر قيل الدافع يضمن عنده خلافا لهما كذا فى شرح الزيلعى وقد نص عليه المصنف فى كتاب الوديعة حيث قال وكذا الجواب فى المرتهنين

وعلى وعلى

بأن المرتهن الذى استوفى حقه انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقى بالاستيفاء فينبغى أن يكون الرهن فى يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضى أن لا يسترد الراهن ماقضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكنه يسترده وأجيب بأن ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ماقبضه ثانيا قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا الخ) هذه عكس المسئلة التى تقدمت وهى واضحة ومن شعبها ما اذا كان فى يد رجل ادعاه رجل انه رهنه عبده بدين له عليه وقبضه وأقام على ذلك بينة وادعاه آخر كذلك وهو أحد الوجوه فيها وجملتها ان العبد اما أن يكون فى أيديهما أولا فى يد واحد أو فى يد أحدهما فان كان فى يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما فى الشراء وقد تقدم الا أن يقيم الآخر بينة انه الاول فانه صريح

فى السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن فى يد واحد منهما فهو المذكور فى الكتاب أوّلا وكلامه فيه واضح وان كان فى أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ماذكر فيها من القياس والاستحسان قال محمد رحمه الله فى الاصل وبه أى بالقياس نأخذ ووجهه ماذكر فى الكتاب والفرق بينه وبين الرهن من رجلين أن حق كل واحد منهما ثمة يثبت فى جميع الرهن حتى اذا قضى دين أحدهما فهو رهن كله عند الآخر حتى يقضى دينه لوجود الرضا من كل واحد منهما بثبوت حق صاحبه فى الحبس معه وههنا كل واحد منهما غير راض بذلك وقد أشار المصنف رحمه الله الى هذا فى الوجه الاول بقوله لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة الخ و باقى كلامه واضح والله تعالى أعلم

وعلى هذا حبس المبيع اذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن قال (وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين) لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع (فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) لان كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك فى حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كأنهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل فى كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما أثبت ببينته حبسا

يد الآخر من كل وجه من غير نيابة عن صاحبه وذلك يقتضى أن لا يسترد الراهن ماقضاه الى الاول من الدين عند الهلاك لكن يسترده وأجيب بان ارتهان كل واحد منهما باق مالم يصل الرهن الى الراهن كما ذكرنا فكان كل واحد منهما مستوفيا دينه من نصف مالية الرهن فان فيه وفاء بدينهما فتبين أن القابض استوفى حقه مرتين فعليه رد ماقبضه ثانيا انتهى أقول هذا الجواب غير شاف فى دفع الاعتراض المذكور لان السائل بسط مقدمة وهى أن المرتهن الذى استوفى حقه من الرهن انتهى مقصوده من الرهن وهو كونه وسيلة الى الاستيفاء الحقيقى ففرع عليها قوله فينبغى أن يكون الرهن فى يد الآخر من كل وجه ولا يخفى عليك أن تلك المقدمة صادقة وانها تقتضى أن لا يكون ارتهان الذى استوفى حقه باقيا بعد استيفاء حقه لان مقصوده من الرهن قد انتهى باستيفاء حقه فما وجه بقاء ارتهانه بعده و بالجملة بقاء ارتهان كل واحد منهما مالم يصل الرهن الى الراهن غير مسلم عند السائل بل هو يقول لا معنى لبقاء ذلك بعد استيفاء أحدهما حقه اذا كان الرهن فى يد الآخر ويستند فى ذلك الى المقدمة التى بسطها فى أول كلامه فلا يشفيه الجواب المذكور (قوله فان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة أنه رهنه عبده الذى فى يده وقبضه فهو باطل) قال صاحب العناية وهو

(قال المصنف لانه يؤدى الى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين التهاتر) أقول هذا اذا لم يؤرخا فان أرخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لانه أثبته فى وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا اذا كان الرهن فى يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه على القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عين من واحد كذا فى شرح الزيلعى واذا أرخ أحدهما ففيه تفصيل مذكور فى غاية البيان (قوله هذه عكس المسئلة المتقدمة وهى واضحة ومن شعبها) أقول الضمير فى شعبها راجع الى المسئلة (قوله وهو أحد الوجوه) أقول أى كونه فى يد رجل (قوله و جملتها أن العبد اما أن يكون فى أيديهما أولا فى يد أحدهما) أقول لافرق بين أن يكون فى أيديهما وأن لا يكون فى يد واحد منهما فانه لا تقبل البينة فى حال حياة الراهن على المختار وتقبل بعدها (قوله وان كان فى أيديهما فان علم الأول منهما فهو أولى الخ) أقول وهذا التفصيل لا بدّ منه فى المسئلة الاولى فان كونها مسئلة الكتاب على تقدير جهل التاريخ (قوله قال محمد فى الأصل و به أى بالقياس نأخذ) أقول يعنى فى المسئلة الاولى (قوله لوجود الرضا من كل واحد منهما) أقول تعليل لقوله يثبت فى جميع الرهن

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع الى نائبهما وهو العدل لان حكم النائب يقفو حكم الاصل والمراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن في يده ورضيا ببيعه الرهن

يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا أخذ به لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك أمانة لان الباطل لا حكم له قال (ولومات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا) وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام والله أعلم

﴿ باب الرهن يوضع على يد العدل ﴾

قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك لا يجوز) ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ اذ العين أمانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن

أحد الوجوه في هذه المسئلة وجملتها أن العبد اما أن يكون في أيديهما أولا في يد واحد أو في يد أحدهما فان كان في يد أحدهما فهو أولى به لان تمكنه من القبض دليل سبق عقده كما في الشراء وقد تقدم الا أن يقيم الآخر بينة أنه الاول فانه صريح في السبق وهو يفوق الدلالة وان لم يكن في يد واحد منهما فهو المذكور في الكتاب أولا وكلامه فيه واضح وان كان في أيديهما فان علم الاول منهما فهو أولى وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب على ما ذكرنا من القياس والاستحسان قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ ووجهه ما ذكر في الكتاب انتهى أقول في تحريره المذكور نوع اختلال واضطراب فانه ذكر التفصيل في الشق الثالث بقوله فان علم الاول منهما الخ وترك هذا التفصيل في الشق الثاني وهو ما لم يكن في يد واحد منهما مع أن هذا التفصيل مما لا بد منه في ذلك الشق أيضا وأيضا ان أراد بمسئلة الكتاب في قوله وان لم يعلم فهو مسئلة الكتاب قول المصنف وان أقام الرجلان كل واحد منهما البينة يلزم التنافي بينه وبين قوله فيما قبل وان لم يكن في يد أحدهما فهو المذكور في الكتاب أولا وان أراد بها قول المصنف ولومات الراهن والعبد في أيديهما كما هو الظاهر لم يتم قوله بعده قال محمد في الاصل وبه أي بالقياس نأخذ فان محمدا انما أخذ بالقياس في المسئلة الاولى لا في المسئلة الثانية فكان حق قوله المزبور أن يذكر متصلا ببيان المسئلة الاولى كما لا يخفى

﴿ باب الرهن يوضع على يد العدل ﴾

لما فرغ من الاحكام الراجعة الى نفس الراهن والمرتهن ذكر في هذا الباب الاحكام الراجعة الى نائبهما وهو العدل لما أن حكم النائب يقفو حكم الاصل ثم ان المراد بالعدل ههنا من رضي الراهن والمرتهن

عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه لكنه يخالف المفرد في مسائل ذكرها في النهاية عن شيخ الاسلام والتمرتاشي رحمهما الله قال (واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل الخ) كلامه واضح وقوله (ذكر قوله في بعض النسخ) اشارة الى أن في بعضها ليس كذلك فانه ذكر في المبسوطين وشرح الاقطع ابن أبي ليلى بدل مالك وكأنه شك في هذه الرواية عن مالك فان القبض ليس بشرط عنده كما مر في أول هذا الكتاب فان ثبت ذلك عنده كان عنه روايتان وقوله (ولهذا يرجع العدل عليه) أي على الراهن عند الاستحقاق يعني اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل قيمته يرجع على الراهن بما ضمن ولو لم تكن يده يد الراهن لما رجع وهو كالمودع اذا ضمن قيمة الوديعة بعد الهلاك بالاستحقاق فانه يرجع على المودع لان يده يد مودعه وقوله (ولنا) ظاهر

وانما

﴿ باب الرهن يوضع على يد عدل ﴾

(قوله ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل) أقول الرضا ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بلازم في العدل فالاولى أن يقال سواء رضيا ببيعه الرهن أم لا قال الاتقاني قال الحاكم الشهيد في الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وهو وكيل الراهن ببيعه) أقول غير مسلم كليا

وقوله (لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) يشير الى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على أنه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به فان قيل القبض شرط ولم يوجد من المرتهن حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لان ذلك اما أن يكون من حيث أمره بذلك وذلك غير صحيح لان الامر انما يصح اذا لاقى حقا مستحقا للآمر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى كان للراهن أن يمنعه منه واما أن يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على يد العدل ولا تأثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم فكذا لو اتفقا على قبض العدل فالجواب أنه قابض من حيث أمره العدل بالقبض وهو حق مستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ العقد والراهن ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه مادام العقد باقيا وقوله (لا يقدر أن يجعل القيمة) أي العدل لا يقدر أن يفعل ذلك لما ذكره وقوله (ولو تعذر اجتماعهما برفع) قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما الى القاضي وفي بعض الشروح يرفع الامر الى القاضي أحدهما اما الراهن أو المرتهن وهو أظهر (ولو فعل ذلك) أي جعل القيمة في يد العدل رهنا ثم قضى الراهن الدين والحال أن العدل

وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال (وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه منه) لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك أحدهما ابطال حق الآخر (فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن) لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة (ولو دفع العدل الى الراهن أو المرتهن ضمن) لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي (واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى أحدهما وقد استهلكه المدفوع اليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة رهنا في يده) لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على أن يأخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده أو عند غيره ولو تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد (وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه)

بوضع الرهن في يده وزاد عليه صاحبا النهاية والعناية قيدا آخر حيث قالا ورضيا ببيعه الرهن عند حلول الاجل أقول لعل هذه الزيادة منهما بناء على ما هو الجاري بين الناس فيما هو الغالب والا فرضاهما ببيعه الرهن عند حلول الاجل ليس بأمر لازم في معنى العدل وعن هذا قال الحاكم الشهيد في الكافي ليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط عليه لانه مأمور بالحفظ فحسب انتهى (قوله وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع) قال صاحب العناية يشير الى دفع ما عسى أن يقال كما أنه نائب عن الراهن فهو نائب عن المرتهن في حق المالية والضمان انما يكون من حيث المالية فلم لا يرجع عليه وذلك لان العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية على انه سؤال ساقط لان الخصم ليس بقائل به انتهى كلامه أقول هذه العلاوة التي زادها الشارح المذكور من عند نفسه ليست بشئ فان عدم قول الخصم بذلك لا يقتضي سقوط السؤال المتجه على أصلنا اذ لا يلزم أن يكون توجه السؤال من قبل الخصم وعن هذا تراهم يقولون ليس للسائل مذهب ولو سلم ذلك فللخصم أن يورد السؤال المذكور علينا بطريق الالزام بما هو مسلم عندنا لا بطريق التحقيق بما هو مقرر عنده فالجواب الحق عنه ما أشار اليه المصنف لا غير (قوله ولو فعل ذلك) قال في النهاية والعناية أي جعل القيمة في يد العدل رهنا وقال بعض الفضلاء فيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأي القاضي عند العدل

ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له أي للعدل لان كل ذي حق وصل الى حقه الراهن الى الرهن والمرتهن الى الدين فلو أخذها أحدهما اجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد فان القيمة بدل الرهن من حيث العين في حق الراهن وبدله من حيث المالية في حق المرتهن وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه

(قوله على أنه سؤال ساقط لأن الخصم ليس بقائل به) أقول فيه بحث (قوله قال في النهاية أي يرفع العدل أحدهما الى القاضي الى قوله وهو الاظهر) أقول قال الاتقاني وذلك ليس بشئ لأن العدل هو الضامن للقيمة فبعيد أن يرفع الضامن لمطالبة نفسه الخصم الى القاضي انتهى وفيه بحث (قوله ولو فعل ذلك أي جعل القيمة في يد العدل رهنا) أقول وفيه بحث بل المراد اذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأي القاضي عند العدل الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعي

لان العين لو كان قائما فى يده أخذه اذا أدى الدين فكذا ما يقوم مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل وهل يرجع العدل بعد ذلك على المرتهن ينظر ان كان العدل دفعه على وجه العارية أو الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلك يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فان هلك فى يده لم يضمن وان استهلكه ضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بأن قال هذا رهنك خذه بحقك واحبسه بدينك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان وقوله (واذا وكل الراهن المرتهن) كلامه واضح وقوله (فليس للراهن أن يعزل الوكيل) يعنى بدون رضا المرتهن وقوله (ألا ترى أنه) أى أن عقد الوكالة (لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله) أى عقد الرهن وقوله (لانه)

لان العين لو كانت قائمة فى يده يأخذها اذا أدى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال (واذا وكل الراهن المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة) لانه توكيل ببيع ماله (وان شرطت فى عقد الرهن فليس للراهن أن يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل) لانها لما شرطت فى ضمن عقد الرهن صار وصفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم أصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفى العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعى (ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه) لانه لازم بأصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره (وان مات الراهن لم ينعزل) لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال (وللوكيل أن يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه فى حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته) لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه وأوصافه (وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه) لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبى يوسف ان وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصى كالمضارب اذا مات بعد ما صار رأس المال أعيانا يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار أعيانا قلنا التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجرى فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب (وليس للمرتهن أن يبيعه الا برضا الراهن) لانه ملكه وما رضى ببيعه (وليس للراهن أن يبيعه الا برضا المرتهن) لان المرتهن أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال (فان حل الاجل وأبى الوكيل الذى فى يده الرهن أن يبيعه والراهن غائب أجبر على بيعه) لما ذكرنا من الوجهين فى لزومه (وكذلك الرجل لو كل غيره بالخصومة وغاب الموكل فأبى أن يخاصم أجبر على الخصومة) للوجه الثانى وهو أن فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه أما المدعى لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه بنفسه فلو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثانى وهذا أصح وعن أبى يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير وفى الاصل (واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد) لقيامه مقام ما كان مقبوضا

الاول أو عند غيره كما ذكره العلامة الزيلعى انتهى أقول ان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر فى النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا برأيهما أى برأى الراهن والمرتهن مع أن الحكم فيه أيضا

أى عقد الوكالة (لازم بأصله فكذا بوصفه) وهو الاطلاق لما ذكرنا أنه صار حقا من حقوقه وقوله (لان العقد) أى عقد الرهن (لا يبطل بموتهما ولا بموت أحدهما فيبقى بحقوقه) التى هى الحبس والاستيفاء والوكالة (وأوصافه) التى هى اللزوم وجبر الوكيل وحق بيع ولد الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير كذا فى النهاية وقوله (واذا مات الوكيل انتقضت الوكالة) يعنى والرهن باق كما كان لان الرهن لو كان فى يد المرتهن فمات لم يبطل العقد به فلأن لا يبطل بموت العدل أولى وقوله (والارث يجرى فيما له) أى لا فيما عليه ألا ترى أن الميت اذا كان عليه دين لا يجب على ورثة الميت قضاؤه وان كان له دين على غيره ورثوه وقوله (أجبر على بيعه) يعنى يحبس أياما حتى يبيعه فان لج بعد ما حبسه أياما ذكر فى الزيادات أن القاضى يبيع عليه وهو على قولهما ظاهر وأما على قول أبى حنيفة رضى الله عنه فقد اختلف المشايخ رحمهم الله فيه قال بعضهم لا يبيع قياسا على مال المديون وقال آخرون يبيعه لان جهة البيع تعينت وقوله (لما ذكرنا من الوجهين) أحدهما أنه وصف من أوصافه والآخر أن فيه اتواء حقه وقوله (قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول) ذكر فى المبسوط أنه ظاهر الرواية وقوله (ان الجواب فى الفصلين) أى فيما كان مشروطا فى الرهن وفيما لا يكون كذلك (واحد) أى يجبر فيهما (ويؤيده اطلاق الجواب فى الجامع الصغير) حيث قال فيه اذا أبى الوكيل يجبر من غير فصل بين أن يكون مشروطا فى العقد أو لم يكن وكذلك ذكر فى الاصل مطلقا وقوله (فقد خرج من الرهن) لانه صار ملكا للمشترى وملكه لا يكون رهنا

(واذا توى كان مال المرتهن) بنصب مال على ما صحح صاحب النهاية وفي بعض النسخ من مال المرتهن وقوله (وغرم القاتل قيمته) يعني تكون القيمة رهنا مقام العبد المقتول لان المالك وهو المولى يستحقه أي هذا الضمان من حيث المالية وان كان مقابلا بالدم حتى لا يزاد على دية الحر (فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق) وهو المولى فيبقى عقد الرهن وقوله (وليس له أن يضمن غيره) أي ليس للعدل أن يضمن المرتهن غير الثمن الذي أعطاه وكلامه مكشوف بكشفه وايضاحه شكر الله سعيه سوى ألفاظ وضمائر نوضحها بزيادة ايضاح

واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما قال (وان باع العدل الرهن فأوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي أعطاه وليس له أن يضمنه غيره) وكشف هذا أن المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع ينفذ البيع أيضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشئ من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين أنه أخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما أداه اليه على حسبان أنه ملك الراهن فاذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو أن يكون قائما في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما أداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو أن المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن أم لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال (وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن) لان كل واحد منهما

كذلك فهو ممنوع لانه انما لا يتحقق العموم لذلك بل يختص بما جعلت القيمة رهنا برأي القاضي لو كان لفظ جعل في عبارة النهاية والعناية ولفظ فعل في عبارة الكتاب مبنيا للفاعل وكان الضمير المستتر فيه

فقوله (وصح الاقتضاء) أي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وقوله (وان ضمن البائع) أي العدل وقوله (فلا يرجع المرتهن عليه) أي على الراهن بشئ وقوله (فاذا تبين أنه ملكه) أي ملك العدل وقوله (لم يكن راضيا به) أي بأداء الثمن الى المرتهن وقوله (فله) أي فللعدل وقوله (بطل الاقتضاء) أي بطل قبض المرتهن وقوله (انما أداه) أي انما أدى المشتري الثمن الى العدل ليسلم للمشتري المبيع ولم يسلم وقوله (رجع على الراهن بالقيمة) أي بالثمن وقوله (لان المقبوض سلم له) أي لان الثمن المقبوض من العدل سلم للمرتهن وقوله (وان شاء على المرتهن) أي وان شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن الذي أداه اليه وقوله (فيرجع به) أي فيرجع المرتهن بحقه الذي هو دينه على الراهن وقوله (لا يرجع به على المقتضي) أي على القابض وقوله (فيكون البيع لحقه) فاذا وقع البيع لحقه وسلم له جاز أن يلزمه الضمان وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع أي الوكيل الذي لم تكن وكالته مشروطة في العقد حيث فرق بين الوكالة المشروطة في العقد وبين الوكالة التي بعد العقد فقال في الوكيل الذي كانت وكالته بعد عقد الرهن يرجع الوكيل بالعهدة على الراهن

(قال المصنف ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان العدل بالخيار الى قوله وليس له أن يضمن غيره) أقول والظاهر أن يكون للمستحق خيار تضمين المشتري أيضا لانه متعد بالاخذ والتسليم لكن لم يذكروا

لاعلى المرتهن لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن (وقوله متعد فى حقه بالتسليم أو بالقبض) يعنى الراهن بالتسليم والمرتهن بالقبض فكان كالغاصب وغاصب الغاصب وقوله (فلانه انتقض اقتضاؤه) أى قبضه لان الرهن لم يكن ملك الراهن حتى يكون به لاً كه مستوفيا وقوله (طعن أبى خازم) يعنى هذا السؤال طعن به أبو خازم بالخاء المعجمة على محمد بن الحسن رحمهما الله وأبو خازم هو عبد الحميد بن عبد العزيز القاضى الحنفى ببغداد وقوله (والغرور بالتسليم كما ذكرناه) يعنى بقوله لان كل واحد منهما متعد فى حقه بالتسليم وقوله (أو بالانتقال من المرتهن اليه) أى الى الراهن (كانه وكيل عنه) أى كان المرتهن وكيل عن الراهن من حيث انتقال الملك منه اليه كانتقال الملك من الوكيل الى الموكل (والملك بكل ذلك) أى بكل واحد من التسليم والانتقال (متأخر عن عقد الرهن) أما بالتسليم فظاهر لان التسليم كان بعد العقد فتبين أنه رهن غير ملكه وأما بالانتقال فلان المرتهن غاصب فى حق المستحق فاذا ضمن ملك المضمون ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن انتقل اليه فملكه من جهة المرتهن والمرتهن ملكه من حين القبض لانه صار غاصبا به فملك الراهن بعد ذلك من جهته فيكون ملك الرهن متأخرا عن عقد الرهن فكانه رهن غير ملكه ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة وضمنه المضارب فانه يرجع على رب المال والمضاربة نافذة وان كان الملك متأخرا عن عقد المضاربة لما ذكرتم أن الرجوع بالغرور والغرور بالتسليم أو بالانتقال من المرتهن اليه وكل ذلك متأخر عن العقد لان المضاربة عقد غير لازم وكل ما هو كذلك فالدوامه حكم الابتداء وقد تقدم فصار كانه أنشأ العقد بعد الرجوع فيتقدر بخلاف الرهن فانه عقد لازم ليس لدوامه حكم الابتداء وقوله (بخلاف الوجه الاول) يعنى ما اذا ضمن المستحق الراهن لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه وتبين أنه رهن ملك نفسه وقوله (وقد طولنا الكلام فيه فى كفاية المنتهى) قيل مراده مسئلة المضاربة والفرق بينها وبين مسئلة الرهن وقيل يحتمل أن يكون ما لو كان الرهن عبدا فابق وضمن المستحق المرتهن قيمته ورجع المرتهن على الراهن بتلك القيمة وبالدين ثم ظهر العبد فانه للراهن لقرار الضمان عليه ولا يكون رهنا لانه لما استحق بطل الرهن لما قلنا ان الملك يقع للراهن فيه من وقت التسليم بحكم الرهن وعقد الرهن كان سابقا على ذلك لتعلق

متعد فى حقه بالتسليم أو بالقبض (فان ضمن الراهن فقد مات بالدين) لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء (وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه) أما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك فى المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبى خازم القاضى والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه أو بالانتقال من المرتهن اليه كأنه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فى كفاية المنتهى

﴿باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

قال (واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف)

راجعا الى القاضى وأما اذا كان مبنيا للمفعول وكان لفظ القيمة فى عبارة النهاية والعناية قائما مقام الفاعل فيحتمل العموم للصورتين معا كما لا يخفى على الفطن وان كان وجه بحثه عدم تحقق العموم فيما ذكر فى النهاية والعناية لما جعلت القيمة رهنا فى يد غير العدل الاول فأمره هين فانه لما كان عدم التفاوت بين أن جعلت القيمة بعد الضمان رهنا فى يد العدل الاول وبين أن جعلت رهنا فى يد غيره ظاهرا اكتفى بذكر الاول روما للاختصار

﴿باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

لما كان التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره متأخرا طبعا عن كونه رهنا أخره وضعا ليوافق الوضع الطبع (قوله واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف) اختلفت عبارة

﴿باب التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره﴾

التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره انما تكون بعد كونه رهنا فكان متأخرا طبعا فأخره وضعا قال (واذا باع الراهن الرهن الخ) اذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن سواء علم بالبيع ولم يأذن أو لم يعلم به فقد اختلف عبارة محمد رحمه الله فيه فى موضع قال بيع المرهون فاسد وفى موضع قال جائز والصحيح أنه جائز موقوف

(قوله لأن المضاربة عقد غير لازم) أقول تعليل لقوله ولا يشكل اذا استحق رأس مال المضاربة

وقوله فاسد محمول على مالم يجز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه فيه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ماذا أجازه وسلمه ذلك لان من تصرف في ماله تعلق به حق الغير جاز موقوفا كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث فان أجاز المرتهن تم العقد لزوال المانع باسقاط حقه راضيا وكذا لو قضاه الراهن دينه فان أجاز ينتقل حقه الى بدله لما ذكر في الكتاب وقوله (هو الصحيح) احترازعما روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه ان شرط عند

لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله تقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به (فان أجاز المرتهن جاز) لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه (وان قضاه الراهن دينه جاز أيضا) لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل (واذا انفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح) لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون المأذون اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا (وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لاسبيل للمشتري عليه) لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ (وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه) لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي أن يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا أبق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذلك هذا (ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضا على اجازته) لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني (ولو باع الراهن ثم آجر أو وهب أو رهن من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول)

محمد فيه في موضع قال بيع المرهون فاسد وفي موضع قال جائز والصحيح انه جائز موقوف وقوله فاسد محمول على مالم يجز فان القاضي يفسده اذا خوصم اليه وطلب المشتري التسليم وقوله جائز محمول على ماذا أجازه وسلمه كذا في العناية وغيرها من الشروح قال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه انتهى أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذين التأولين ليسا بتأو بل فقهي بل هما من قبيل التأو بل اللغوي الذي فيه نوع الغاز وتعمية فلا يناسب أصحاب هذا الفن سيما في موضع الكشف والبيان (قوله لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في ملكه) أقول في تمام هذا القدر من التعليل نظر فانه ينتقض بما اذا أعتق الراهن عبد الرهن فانه ينفذ عتقه كما سيأتي في الكتاب مع جريان هذا التعليل هنالك أيضا فالوجه في التعليل ههنا أن يقال لانعدام القدرة على التسليم لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته ألا ترى أن المصنف انما فصل بين هذه المسئلة ومسئلة الاعتاق بانعدام القدرة على التسليم حيث قال في آخر تعليل المسئلة مسئلة الاعتاق من قبل أصحابنا وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام

الاجازة أن يكون الثمن رهنا كان رهنا والافلا لان الراهن ملك الثمن بنفوذ البيع باجازة المرتهن بسبب جديد فلا يصير رهنا من غير شرط وان فسخه ففي الانفساخ روايتان كما ذكره في الكتاب وقوله (وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه) أي لا الى المرتهن لان هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو الى القاضي وقوله (لما ذكرنا) يعني لفوات القدرة على التسليم قوله (ولو باعه الراهن الخ) يعني لو باع الراهن الرهن ولم يجزه المرتهن ثم باعه بيعا ثانيا فالثاني موقوف كالاول لان الموقوف لا يمنع عن التوقف فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني كالاول ولو أجاز الاول جاز الاول وهذا لان حق المرتهن يتعلق بالثمن ألا ترى أنه قد رهن ليباع فأيهما أجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده وانما خص اجازة البيع الثاني لبيان الفرق بينه وبين العقود الباقية المذكورة فانه باجازتها يصح العقد الاول وهو البيع ولم تصح هي وباجازة البيع الثاني لا يصح البيع الاول وان كان سابقا ويصح هو

(قوله وقوله فاسد محمول على مالم يجز) أقول ويجوز أن يقال قوله فاسد محمول على المبالغة في التشبيه فانه كالفاسد في عدم ترتب الحكم في الفعل أو أنه مجاز على سبيل المشارفة فانه على شرف أن يفسد اذا لم يجزه وقوله جائز محمول على أنه ليس بفاسد ولا باطل في الحال

والفرق ماذكره فى الكتاب والاصل فى ذلك أن من تعلق حقه بشئ وتبدل باجازته الى غيره فان كان البدل عما تعلق به حقه تعلق بحقه وان كان عن غيره لم يتعلق فعلى هذا اذا باع الراهن الرهن ثانيا وأجازه المرتهن كان الثمن رهنا عنده فكان ذا حظ من العقد الثانى لتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه واذا آجر بعد البيع أورهن وسلم أووهب وسلم وأجاز هذه العقود جاز البيع الاول وسماه أولا لوقوعه قبلها لان هذه العقود بعضها لابدل فيه كما فى الهبة والرهن وبعضها وان كان فيه بدل لكن ليس عما تعلق به حقه كما فى الاجارة فانه فيها بدل عن المنفعة وحقه فى مالية العين دون المنفعة واذا لم يكن له منها حظ لم يصح تعيينه وكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ البيع الاول وسكت المصنف رحمه الله عن اشتراط التسليم فى الرهن والهبة اعتمادا على كونه معلوما قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه الخ) اذا أعتق الراهن عبده المرهون نفذ عتقه موسرا كان أومعسرا وللشافعى رحمه الله أقوال شمول النفوذ وعدمه والفصل بين الموسر والمعسر قال فى المعسر فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا يجوز كالبيع بل أولى لانه أسرع نفوذا من العتق حيث جاز من المكاتب دون العتق ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه وكل من فعل ذلك صح كما اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو الآبق أو المغصوب فانها تشرك المرهون فى فوات يد المالك وفى انتفاء القدرة على التسليم ان باع فكان المقتضى متحققا والمانع منتفيا فثبت الحكم أما تحقق المقتضى فلأنه تصرف صدر عن أهله ولا نزاع فيه مضاف الى محله لانه لاخفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام مقتضيه وهو السبب الموجب لتملكه قبل الرهن وأما انتفاء المانع فلأن عارض النهى لاينبئ عن زواله لان موجب عقد الرهن اما ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن كما هو عندنا أو هو حق البيع كما هو مذهب الخصم على ماتقدم وشئ من ذلك لا يزيل ملك العين فيبقى العين على ما كان على ملك الراهن واذا كان باقيا على ملكه وقد أزاله بالاعتاق صح ويزول ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كما اذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى وهو حقيقة الملك للشريك عن صحة العتق فلأن لايمنع الادنى وهو يد المرتهن أولى فان قيل ليس المانع منحصرا فيما يزيل الملك بل مجرد تعلق الحق مانع ولهذا منع النفاذ فى البيع والهبة أجاب بقوله وامتناع النفاذ ومعناه أن حق المرتهن انما صلح مانعا فى البيع والهبة لاعدامه قدرة العاقد على التسليم المشروط بصحة العقدين وليس ذلك بموجود فى الاعتاق فلا يصلح مانعا وقوله (واعتاق الوارث) جواب عما تمسك به الشافعى رحمه الله فى بعض المواضع وادعى أن اعتاقه لغو وصورته مريض أوصى برقبة عبده لشخص ولا مال له غيره ثم مات وأعتق الوارث العبد لم ينفذ لحق الموصى له فكذا يجب أن يكون فى الرهن ووجهه أن ذلك لايلغو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبى حنيفة رحمه الله وأما عندهما فلا اشكال لانه يعتق فى الحال

والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثانى لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به أما لاحق له فى هذه العقود لانه لابدل فى الهبة والرهن والذى فى الاجارة بدل المنفعة لابدل العين وحقه فى مالية العين لافى المنفعة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال (ولو أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه) وفى بعض أقوال الشافعى لاينفذ اذا كان المعتق معسرا لان فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فأشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لانه لايبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها أما لايقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا أعتق العبد المشترى قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب ولاخفاء فى قيام ملك الرقبة لقيام المقتضى وعارض الرهن لاينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه فى الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الاعلى لايمنع الادنى بالطريق الاولى وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لايلغو بل يؤخر الى أداء السعاية عند أبى حنيفة

القدرة على التسليم تدبر (قوله وامتناع النفاذ فى البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم) لان يد المرتهن مانعة عن التسليم والبيع كما يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا لاينفذ بيع الآبق والمستأجر والاعتاق لايفتقر اليها بدليل نفاذ اعتاق الآبق كذا فى الكافى وغيره واعترض عليه صاحب التسهيل حيث قال أقول هذا يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف وبينهما فرق اذ الفاسد يملك بالقبض دون الموقوف ألا يرى أن المبيع بالبيع الفضولى لايملك بالقبض وهو موقوف لافاسد انتهى أقول هذا الاعتراض ظاهر السقوط لانه انما يلزم أن يفسد بيع الرهن ولا يتوقف أن لو انتفى القدرة على تسليمه بالكلية والمنتفى فى بيع الرهن انما هو القدرة على تسليمه بدون اجازة المرتهن أو قضاء

(قوله أجاب بقوله وامتناع النفاذ الى قوله وليس ذلك بموجود فى الاعتاق فلا يصلح مانعا) أقول وأيضا الاعتاق لايقبل الرد والفسخ فكذا التوقف بخلافهما فليتأمل

وقوله (واذا انفذ الاعتاق) راجع الى أول الكلام يعني فاذا ثبت تحقق المقتضي وانتفاء المانع نفذ الاعتاق واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ومابعده ظاهر وقوله (الا اذا كان بخلاف جنس حقه) يعني الا اذا كان الحاصل من السعاية بخلاف جنس حق المرتهن فانه لا يقضي به دينه بل يبدل به جنس حقه ويقضي به دينه وقوله (لانه لما تعذر الوصول) دليل وجوب السعاية على العبد وقوله (نذكره) يعني في هذا الباب في مسئلة استيلاد الامة المرهونة وقوله (وعندهما التكميله) يعني وان عتق عندهما لكن في عتقه نقصان لكونه مطلوبا بالسعاية فاذا أداها كمل العتق وقوله الارواية عن أبي يوسف رحمه الله فان المبيع محبوس في يد البائع كالرهن في يد المرتهن وقوله (والمرتهن ينقلب حقه ملكا) يعني أن الرهن اذا هلك في يده كان مالكا من حيث المالية وباقي كلامه واضح قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره الخ) الراهن اذا دبر الرهن صح تدبيره بالاتفاق أما عندنا فظاهر لانه يوجب حق العتق وحقيقته لم تمنع فحقه أولى وأما عنده أي عند الشافعي رحمه الله فلانه لا يمنع البيع فلا يبطل حق المرتهن وقوله (واذا صحا) يعني التدبير والاستيلاد (خرجا) أي المدبر وأم الولد يعني عندنا وأما عنده فان المدبر لا يخرج منه لقبوله حكم الرهن كما مر آنفا وكلامه واضح وقوله (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما

واذا انفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله (ثم) بعد ذلك (ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين) لانه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه (وان كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل (وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه) لانه لما تعذر الوصول الى عين حقه من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وتأويله اذا كانت القيمة أقل من الدين أما اذا كان الدين أقل نذكره ان شاء الله تعالى (ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا أيسر) لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما التكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وأنه أدنى من حقيقته الثابتة للشريك الساكت فوجب السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا النقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض اذا أعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن أبي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس أضعف لان البائع لا يملكه في الاخرة ولا يستوفي من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز (ولو أقر المولى برهن عبده) بأن قال (له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية) عندنا خلافا لزفر هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال (ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق) أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على أصله (ولو كانت أمة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق) لانه يصح بأدنى الحقين وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالأعلى (واذا صحا خرجا من الرهن) لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما (فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما) على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق (وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وأم الولد في جميع الدين) لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما أدياه من مال المولى والمعتق يرجع لانه أدى ملكه عنه وهو مضطر على مامر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته قنا لانه عوض الرهن حتى تحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين ولو أعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية أو لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما أداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه أداه من مال المولى قال (وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد

الراهن دينه لا القدرة على تسليمه أصلا فيتوقف على اجازة المرتهن أو قضاء الراهن دينه اذ بواحد منهما تحصل القدرة على التسليم فينفذ البيع كما في البيع الفضولي (قوله وكذلك لو استهلك الراهن الرهن) قال صاحب النهاية هو معطوف على قوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول شرح هذا المقام بهذا الوجه خروج عن سنن الصواب لان قوله وكذلك

وقوله والواجب على هذا المستهلك يعني الاجنبي وقيده بذلك احترازا عن استهلاك المرتهن فانه يجب عليه قيمته يوم قبض لا يوم هلك كما سيجيء وقوله (كانها هلكت بآفة سماوية) يعني تكون الزيادة مضمونة على المرتهن وقوله (والمعتبر في ضمان الرهن) تعليل ذلك قيل عليه النقصان انما هو بتراجع السعر وانه لا يسقط من الدين شيأ وأجيب بان العين قد تغيرت فكانت بمثابة لو كانت باقية ترجع الى ما كانت عليه فبالهلاك فاتت تلك الصلاحية وقد ثبت في ابتداء القبض ضمان تلك القيمة فسقط قدر النقصان من العين عند القتل بخلاف ما اذا لم تتغير العين وقد تراجع السعر لان العين التي قبضها بحالها من غير تفاوت فلا يسقط شيء من الدين وقوله (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر) اشارة الى هذا السؤال والجواب وقوله (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن) فيه تسامح لان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها غيره ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد المعير أطلق الاعارة وقوله (لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن) لان قبض الرهن يوجب الضمان وقبض العارية لا يوجبه وفي ايجاب الضمان على المرتهن بعد الاعارة يلزم الجمع بينهما وهو ممتنع وذلك لان الضمان انما يجب اذا كان يد الراهن بعد الاعارة يد المرتهن ويده اذ ذاك يد عارية وفي ذلك جمع بينهما لا محالة فاعتبرنا يد الراهن بدء رهن للزوم عقد الرهن

(قال المصنف فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) أقول هذا مشكل لان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة الرهن سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين كذا في شرح الزيلعي ومن تأمل حق التامل في كلام المصنف لعله يلوح له اندفاع هذا الاشكال

المرتهن اقيامه مقام العين (فان استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة وتكون رهنا في يده) لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة و يوم رهن ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا أنه يتقرر عند الهلاك (ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة) لانه أتلف ملك الغير (وكانت رهنا في يده حتى يحل الدين) لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه (واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها قدر حقه) لانه جنس حقه (ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن) لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن (وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة) لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف قال (واذا أعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن) لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن (فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) لفوات القبض المضمون (وللمرتهن أن يسترجعه الى يده) لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن ثابت في ولد

لو استهلك الراهن الرهن لفظ القدوري في مختصره وهو مذكور في البداية أيضا وقوله فان كان موسرا ضمن قيمتهما ليس بلفظ القدوري في مختصره وليس بمذكور في البداية أصلا بل هو من المسائل التي ذكرها المصنف في الهداية تفريعا على مسئلة مختصر القدوري وهي من قوله ولو أقر المولى برهن عبده الى هنا فكيف يصح جعل لفظ أحد الشيخين في أحد الكتابين معطوفا على لفظ شيخ آخر في كتابه آخر وكيف يمكن عطف عبارة المتن وهو البداية على عبارة الشرح وهو الهداية مع تقدم تحقق عبارة المتن على تحقق عبارة الشرح فالصواب أن يجعل قوله المذكور معطوفا على قوله فيما مر فان كان الدين حالا طولب بأداء الدين وان كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لانه أيضا لفظ القدوري في مختصره ومذكور في البداية أيضا فيتم ويحسن عطف أحدهما على الآخر وترتيب عبارة مختصر القدوري والبداية هكذا فان أعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه فان كان الدين حالا طولب بأداء الدين وان كان مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسرا سعى العبد في قيمته وقضى الدين وكذلك لو استهلك الراهن الرهن انتهى فتأمل في هذا الترتيب تكن الحاكم الفيصل (قوله وان نقصت عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم أتلف) قال الزيلعي بعد أن ذكر هذا

وأزلنا الضمان لفوات القبض الموجب له وهو محسوس لا يرد ولجواز انفكاك الرهن عن كونه مضمونا في الجملة كما في ولد الرهن وكلامه واضح في غاية التحقيق شكر الله سعيه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن وقوله (وهذا) أى ماذكرنا من اعارة أحدهما باذن الآخر أجنبيا (بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي) وجملة هذه التصرفات ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن أو المرتهن اذا هلك حالة الاستعمال أو أجنبيا ولا يرفع عقد الرهن وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن

يبطل عقد الرهن وأما الاجارة فالمستأجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة ما لو أعار منه أو أودعه فله أن يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة أو أجنبيا بمباشرة أحدهما العقد باذن الآخر بطل الرهن والأجرة للراهن وولاية القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستئناف وأما البيع والهبة فان العقد يبطل بهما اذا كانا من المرتهن أو أجنبي بمباشرة أحدهما باذن الآخر وأما من الراهن فلا يتصور (وقوله لما بينا) يعني في صورة العارية ثم لو اختلفا في وقت الهلاك فالقول للمرتهن والبينة للراهن قال (ومن استعار من غيره ثوبا الخ) ومن استعار ثوبا ليرهنه فالمعير اما أن يطلق في ذلك أو يقيده بشئ فان كان الاول فارهنه المستعير به من قليل وكثير جائز عملا بالاطلاق وكان ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد فيعتبر باثبات ملك العين

الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا أخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته (وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان) لما قلنا (ولكل واحد منهما أن يرده رهنا كما كان) لان لكل واحد منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا (ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن أسوة للغرماء) لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا (واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك على ضمان الرهن) لبقاء يد الرهن (وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل) لارتفاع يد العارية (ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان) لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان (وكذا اذا أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال) لما بيناه (ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل أو كثير فهو جائز) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين

بعينه في شرح الكنز كذا ذكره صاحب الهداية وغيره وهذا مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى يسقط الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين انتهى أقول ليس استشكاله بشئ فانه يضمحل بقول صاحب الهداية وغيره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اذ لا شك أن القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء فبالهلاك يتقرر الضمان ولما كان المعتبر قيمته يوم القبض ألفا ثم انتقصت منها خمسمائة بتراجع السعر سقط عن الدين لا محالة مقدار تمام الالف خمسمائة منه بالاتلاف وخمسمائة منه بقبضه السابق حيث كانت قيمته يوم القبض ألفا تاما ولا تأثير في سقوط شئ منه لتراجع السعر أصلا وهذا مع ظهوره من عبارة الهداية وغيرها كيف خفي على مثل ذلك الفاضل (قوله وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا) يشير بقوله لما قلنا الى قوله لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن قال بعض الفضلاء فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدي الايداع والرهن أقول الفرق بين الاعارة وبين الوضع في يد العدل مذكور في شرح تاج الشريعة وفي الكفاية مفصلا مستوفى فكأنه لم يرهما فمن شاء فليراجعهما (قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من أجنبي اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدا) قال الشراح وحكم الوديعة كحكم العارية وحكم الرهن كحكم الاجارة انتهى وأورد بعض الفضلاء على قولهم وحكم الوديعة كحكم العارية بأن قال اذا كان الايداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل انتهى أقول ليس الامر كما زعمه لان العدل من رضيا بوضع الرهن في

واليد جميعا بأن استأذن أن يقضي دينا عليه بماله فان قيل اعتبار غير صحيح لجواز أن يكون صحة ذلك لاجتماع العين واليد فيه فالجواب أن الاتصال غير مانع لعدم استلزام أحدهما الآخر

(قال المصنف سقط حكم الضمان لما قلنا) أقول فيه أنه اذا وضع في يد العدل لا يسقط الضمان مع المنافاة بين يدي الايداع والرهن فتأمل فانه ممنوع (قوله وحكم الوديعة كحكم العارية) أقول اذا كان الايداع من أجنبي ينبغي أن لا يسقط الضمان لانه العدل

فانه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا كالصبي فانه يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا كالبائع بشرط الخيار فانه يزول ملك اليد دون ملك العين واذا كان كذلك جاز أن يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين قوله (لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة) يعني المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فانما هي المفسدة للعقد فصار كما اذا أعار ثوبا وأطلق وان كان الثاني سواء كان التقييد بالقدر أو الجنس أو المرتهن أو البلد ضمن القيمة بالمخالفة لصيرورته غاصبا لانه تصرف بغير اذنه فان كان التقييد بالقدر وهي الزيادة عليه لفوات الغرض فان غرضه الاحتباس بما يتيسر أداؤه ان احتاج الى فكاكه وهو أقل المالين فالزيادة زيادة ضرر وبقي النقصان لان غرضه أن يستوفي أكثر المالين ان هلك الرهن عند المرتهن فان الراهن يرد عليه مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك ويفوت ذلك اذا رهن بالاقل وكلامه ظاهر وقوله

(ووجب مثله) أي مثل ما تم الاستيفاء به بالهلاك وهو مقدار الدين المسمى لا مثل قيمة الثوب ان كانت أكثر لان الزيادة على قدر الدين عند الهلاك أمانة فيما نحن فيه وهو ما اذا وافق المستعير المعير فيما شرطه وقوله (على ما بيناه) يعني قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وكذلك قوله لما بيناه اشارة اليه وقوله (أن يفتكه جبرا عن الراهن) قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه

ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة (ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير أن يرهنه بأكثر منه ولا بأقل منه) لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر أداؤه وينفي النقصان أيضا لان غرضه أن يصير مستوفيا للأكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع به عليه (وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد) لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ (فاذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن) لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه (وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن) وقد بيناه في الاستحقاق (وان وافق بأن رهنه بمقدار ما أمر به (ان كانت قيمته مثل الدين أو أكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن) لتمام الاستيفاء بالهلاك (ووجب مثله لرب الثوب على الراهن) لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان أصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه (وان كانت قيمته أقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن) لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه (ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه

يده ابتداء وكلام الشراح هنا فيما اذا أودع أحدهما الرهن باذن الآخر بعد أن قبضه المرتهن بنفسه ثم ان الفرق بينهما أن في صورة الايداع بعد قبض المرتهن بنفسه ينتقض قبضه السابق بالايداع للمنافاة بين يد الوديعة ويد الرهن لكون أحدهما موجبة للضمان دون الاخرى كما ذكر في المنافاة بين يدي العارية والرهن وأما في صورة الوضع في يد العدل ابتداء فيقوم يد العدل في قبض الرهن مقام يد المرتهن في حق المالية فيصير الرهن مضمونا على المرتهن من هذه الحيثية كما تبين في بابه ولم يوجد شئ آخر يقتضي انتقاض هذا القبض فبقي الضمان على حاله (قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه أن يمتنع) اعلم أن قوله جبرا عن الراهن في أثناء هذه المسئلة من مغلقات هذا الكتاب وكان لفظ محمد بدل هذا في هذه المسئلة حين أعسر الراهن كما ذكره

(قوله فانه يجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا الخ) أقول فيه بحث فان قول المصنف للمرتهن يدل على أن المراد بانفصال ملك اليد عن ملك العين ثبوتا ثبوت ملك اليد لشخص دون ملك العين فشرحه لا يطابق المشروح والمراد بالانفصال زوالا أن يبقى ملك اليد ويزول ملك العين كما لا يخفى (قال المصنف ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن) ولهذا أقول تصحيف عن قوله حين أعسر لان صاحب الهداية أخذ هذا من المبسوط وفي المبسوط حين أعسر قال فخر الاسلام البزدوي ذكر أنه حين أعسر الراهن لان المعنى لا يستقيم لان المعير يفتك جبرا من المرتهن لا من الراهن لان الرهن ليس في يد الراهن وانما هو في يد المرتهن ولكن يفتكه المعير حين أعسر الراهن ولعله وقع من الكاتب أو صحفه القارئ كذا سمع نقلته من خط مولانا باس قال في الكفاية فأراد المعير أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن انتهى وقال أكمل الدين افتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجبران يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسه انتهى والأصوب أن عن ههنا للبدلية كما في قوله تعالى لا تجزي نفس عن نفس شيأ وفي قوله عليه الصلاة والسلام صومي عن أمك فلا غبار اذ يصير المعنى حينئذ جبرا على المرتهن بدل الراهن والبدلية بين الراهن والمعير

ولهـذا يرجع على الراهن بما أدى المعير فاجبر المرتهن على الدفع (بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين) لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمتـه فكان للطالب أن لا يقبله (ولو هلك الثوب العارية عنـد الراهن قبل أن يرهنه أو بعـد ما افتكه فلا ضمان عليه) لانه لا يصـير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا (ولو اختلفا في ذلك فالقول للراهن) لانه ينكر الايفاء بدعواه الهـلاك في هاتين الحالتـين (كما لو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به فالقول للمعير) لان القول قوله في انكار أصله فكذا في انكار وصـفه (ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو أن يرهنه به ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمـة سواء يضمن قدر الموعود المسمى) لما بينا أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سـلامة مالية الرهن باسـتيفائه من المرتهن كسـلامته ببراءة ذمته عنه (ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز) لقيام ملك الرقبة (ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن) لانه لم يستوفه

شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي وقد نبه عليـه تاج الشريعة وصاحب الكفاية وعن هذا قال بعضهم لعل قول المصنف جبرا عن الراهن تصحيف وقع من الكاتب أو القارئ وقال صاحب معراج الدراية معنى قوله جبرا عن الراهن بغـير رضاه ويوافقه تقرير صاحب الكافي هذه المسـئلة حيث قال ولو كانت قيمته مثل الدين فأراد المعير أن يفتكه جـبرا بغير رضا الراهن ليس للمرتهن أن يمتنع اذا قضى دينه وقال صاحب الكفاية معنى قوله فأراد المعير أن يفتكه جبرا عن الراهن أراد أن يفتكه نيابة عن الراهن جبرا عن المرتهن وقال صاحب العناية قوله أفتكه جبرا عن الراهن قيل معناه من غير رضاه وليس بظاهر وقيل نيابة ولعله من الجـبران يعني جبرانا لما فات عن الراهن من القضاء بنفسـه انتهى أقول فيه كلام أما أولا فلان ما اختاره من المعـنى لا يتمشى فيما اذا أراد المعير أن يفتكه قبـل حـلول أجل دين الراهن اذ لم يفت عن الراهن اذ ذاك القضاء بنفسه لعدم مجيء أوانه حتى يكون افتكاك المعير الرهن هناك بقضاء دين الراهن جـبرانا لما فات عنـه من القضاء بنفسـه مع أن تلك الصورة أيضا داخـلة في جواب هـذه المسـئلة كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه لم يسمع في العربية جبر عنـه سواء كان من الجبر بمعنى القهر أو من الجبر بمعنى الجبران ومحل الاغلاق في تركيب المصنف انما هو كلمة عن الداخلة على الراهن لا كون الجبر بمعنى القهر اذ هو متحقق في مسئلتنا بالنظر الى المرتهن وعلى المعنى الذي اختاره لا يظهر الكلمة عن متعلق الا أن يصار الى تقـدير لما فات جملة وجعل كلمة عن متعلقة بلفظ فات المندرج في ذلك ولا يخفى بعـده جدا فكيف يرتكب مع حصول المقصود منه بتقدير متعلق كلمـة عن لفظ نيابة وحده كما فعله صاحب الكفاية (قوله ولهـذا يرجع على الراهن بما أدى) قال صاحب النهاية وههنا قيد لازم ذكره فان قوله

وقوله (ولهذا يرجع على الراهن بما أدى) قال في النهاية ليس مجرى على اطلاقه بل معناه يرجـع على الراهن بما أدى اذا كان ما أداه بقدر القيمـة لا ما كان أكثر منها يعني ان كان قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين فافتكه المعير بألفين ليس له أن يرجـع بما زاد على قيمته لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعـير أكثر من ذلك وليس بوارد على المصـنف رحمه الله لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين وقوله (على ما بينا) اشارة الى قوله لانه صار قاضيا دينه بماله (ولو اختلفا في ذلك) أي في كون الهلاك حال الرهن أو غيره فقال المعير هلك حال الرهن وقال المستعير هلك قبل الرهن أو بعد الافتكاك فالقول قول الراهن لما ذكر والبينة بينة المعير لانه يدعي عليه الضمان فان قيل اذا ادعى الراهن الهلاك بعد الفكاك فقد أقر بسبب وجوب الضمان وهو رهنه الثوب بدينه ثم ادعى ما ينسخه وهو الفكاك فلا بد له من حجة كما اذا ادعى الغاصب رد المغصوب أجيب بأن الموجب للضمان فراغ ذمته عن الدين بمالية الرهن ولم يقر بذلك وقوله (ولو اختلفا) هكذا في نسخة قراءتي على الشيخ رحمه الله وقد وقع في النسخ كما لو اختلفا قال في النهاية وغـيره من الشروح ليس بصحيح والصواب بالواو لان في لفظ كما يختلف الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المسـتعير وفي الثاني للمعـير فكيف يصح التشبيه وقوله (في انكار أصـله) يريد عقد العارية

(قـوله قال في النهاية ليس مجرى على اطلاقه الى قوله وليس بوارد على المصنف) أقول قال الامام الزيلعي بعـد ما نقـل كلام النهاية وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهـذا الان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه انتهى وقد سنح لي هذا الاشـكال قبل رؤيتي كلامه في هذا المحل وجوابه مذكور في الكفاية والدراية فراجعهما نص عبارة الكفاية والكاكي فان قيل هو لا يتوصل الى تخليص ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلت الضمان انما وجب على المسـتعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع عليـه باعتبار ما يتحقق به الايفاء انتهى فتأمـل فان للكلام مجالا (قوله فكيف يصح التشبيه) أقول يجوز أن يكون جهة التشبيه كون القول للمنكر ثم رأيت في الكفاية الا أن يقال التشبيه في الانكار من غـير نظر الى كون المنكر معيرا أو مستعيرا

(وان شاء ضمن المعير قيمته) لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق (وتكون رهنا عنده الى أن يقبض دينه فيردها الى المعير) لان استرداد القيمة كاسترداد العين (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستخدم العبد أو ركب الدابة قبل أن يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن) لانه قد برئ من الضمان حين رهنهما فانه كان أمينا خالف ثم عاد الى الوفاق (وكذا اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة أو استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن) لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك أما المستعير فى الرهن فيحصل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبى فى حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته

يرجع على الراهن بما أدى غير مجرى على اطلاقه بل معناه يرجع على الراهن بما أدى اذا كان ما أداه بقدر الدين لا بأكثر منه من قيمة الثوب لانه ذكر فى الايضاح وفتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك يرجع بقدر ما يهلك الدين به ولا يرجع بأكثر من ذلك بيانه اذا كانت قيمة الرهن ألفا فرهنه بألفين فافتكه المالك بألفين رجع بقدر ما يهلك الدين به وهو الالف ولا يرجع بأكثر من ألف لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن للمعير أكثر من ذلك فكذلك اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة انتهى واقتفى أثره صاحب الكفاية ومعراج الدراية وقال صاحب العناية بعد نقل ما فى النهاية بعبارة نفسه وليس بوارد على المصنف لانه وضع المسئلة فيما اذا كانت القيمة مثل الدين انتهى أقول فيه نظر لان قول المصنف ولهذا يرجع على الراهن بما أدى من مقدمات دليل هذه المسئلة لا نفس هذه المسئلة ولا يخفى أن مقدمات الدليل لا يجب أن توافق المدعى فى الخصوص والعموم ولا فى التقييد والاطلاق ألا يرى أن كلية الكبرى شرط فى أشهر الاقيسة وأقواها وان كان المدعى جزئيا فمن أين يلزم من تقييد وضع المسئلة تقييد مقدمات دليلها أيضا حتى يستغنى عن تقييدها تلك المقدمة بما ذكره صاحب النهاية وغيره ثم ان الزيلعى قال فى التبيين وذكر فى النهاية أنه اذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا بأداء الدين كله اذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفى الكل على ما عرف فى موضعه انتهى أقول فى كلامه هذا نوع غرابة لان صاحب النهاية قد ذكر حاصل استشكاله بطريق السؤال وأجاب عنه حيث قال فان قيل هو لا يتوصل الى تحصيل ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء الدين من ملكه فكان الرجوع اليه بقدر ما يتحقق به الايفاء انتهى وقد تبعه فى ذكر هذا السؤال والجواب صاحبا الكفاية ومعراج الدراية فان كان الجواب المذكور مرضيا عند الزيلعى أيضا فلا معنى لاستشكاله كلام صاحب النهاية بعد أن رأى السؤال والجواب مسطورين فى النهاية على الاتصال بما استشكله وان لم يكن الجواب المذكور مرضيا عنده كان عليه أن يبين محل فساده ولا ينبغى أن يعد السؤال المذكور فيها اشكالا من عند نفسه (قوله وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد أتلفه بالاعتاق) أقول كان الحق فى التعليل أن يقال لان الحق تعلق بماليته وقد أتلفها بالاعتاق اذ لا شك أن المراد بالحق المذكور فى التعليل انما هو حق المرتهن وحقه متعلق بمالية الرهن دون رقبته

واسترداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين ثم استوفى دينه من الراهن وجب عليه رد العين فكذلك رد قيمته وقوله (ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه) واضح وقوله فى آخره (أما المستعير فى الرهن فيحصل مقصود الامر) يعنى بتسليم الرهن الى المرتهن سعى فى جعل المستعير فى الرهن بمعنى المودع ليكون التسليم الى المرتهن بمنزلة رده الى صاحبه فيبرأ من الضمان وهو صحيح ظاهر اذا كان الاستعمال قبل الرهن أما بعد فكاكه فليس ثمة تحصيل مقصود الآمر فلا يكون دافعا لما يرد من صورة المستعير فى غير الرهن وقد أجيب بأن ثم الرد الى نائب المعير وهو المستعير نفسه قد وجد لان الراهن الذى هو المستعير بعد الفكاك مودع والمودع يبرأ بالعود الى الوفاق فالعود الى الوفاق قبل الرهن كأنه رد الى صاحبه حكما وبعده الى نائبه كذلك وهذا الذى اختاره المصنف رحمه الله هو مختار شمس الائمة السرخسى رحمه الله وأما اختيار شيخ الاسلام رحمه الله فهو أن المستعير يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق دلت عليه هذه المسئلة قال (وجناية الراهن على الرهن مضمونة) معناه واضح وعنى باللازم مالا يقدر على اسقاطه بانفراده وبالمحترم

هو أن يكون غيره ممنوعا عن ابطاله وقوله (والمراد بالجناية على النفس ما وجب المال) يعني أن تكون الجناية في النفس أو ما دونها خطأ أما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع وقوله (أما الوفاقية) يعني أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر (فلأنها جناية المملوك على المالك) فيما يوجب المال بدليل أنه اذا مات وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله فاذا جنى عليه شئ لكان واجباله عليه وذلك باطل ونوقض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان وأجاب المصنف رحمه الله عما في الكتاب بخلاف الجناية الموجبة للقصاص فان المستحق بها دمه والمولى أجنبي عنه يوضحه أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص غير صحيح و بالموجبة للمال صحيح واقرار العبد على عكس ذلك ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه اذ المرتهن

لمشتري بها عبد يقوم مقامه قال (وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها) ومعناه أن يكون الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه قال (وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى ماله ما هدر) وهذا عند أبي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما وجب المال أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك ألا ترى أنه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية أن الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا أطلب الجناية فهو رهن على حاله وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة أكثر من الدين فعن أبي حنيفة أنه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فأشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه أنها لا تعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون

كما مر غير مرة (قوله أما الوفاقية فلأنها جناية المملوك على المالك) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي أما وجه المسئلة التي اتفقوا في حكمها وهي أن جناية الرهن على الراهن هدر فلأنها جناية المملوك على المالك واقتفى أثره صاحب العناية أقول لا وجه عندي لاقحام لفظ الوجه في تفسير مراد المصنف بقوله المذكور اذ يصير المعنى حينئذ أما وجه المسئلة الوفاقية أي علتها فلهذه العلة المذكورة في الكتاب لان المصنف قد أدخل اللام على الخبر كما ترى فيؤل المعنى الى أن علة هذه المسئلة لهذه العلة فيلزم أن يكون المذكور في الكتاب علة العلة لا علة نفس المسئلة وهو فاسد قطعا (قوله ثم ان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن) قال صاحب العناية قوله ودفعاه فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع

غير مالك للعين وحصولها على غير المالك يوجب الضمان كما لو حصلت على أجنبي آخر فان قيل ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة في ايجاب الضمان أجاب بقوله (وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فتعتبر) وان كان يسقط حقه في الدين فان ابقاءه رهنا وجعله بالدين لا يثبت له ملك العين وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له باعتبار الجناية وان لم يكن له غرض في ذلك يترك طلب الجناية ويستبقيه رهنا كما كان وقوله (ودفعاه) فيه تسامح لان المرتهن لا يدفع العبد الى نفسه ومخلصه المشاكلة فانه وان كان قابلا ذكره بلفظ الدافع لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعا وثناه (وله أن هذه الجناية لو اعتبرناها المرتهن كان التطهير عليه لانها حصلت في ضمانه) لكونه مخاطبا بالدفع أو الفداء كالراهن فكان حكم الدفع أو الفداء له وعليه في حق شئ واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك وقوله (وان كانت القيمة أكثر من الدين) بأن كان العين والدين ألفا وأتلف متاع المرتهن فقال للراهن اما ان تقضي نصف دينه أو يباع عليك العبد فان امتنع عن القضاء بيع العبد ويستوفي المرتهن من ثمنه تمام قيمة المتاع فان بقي شئ من الثمن أخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه لانه بدل عبد نصفه أمانة ونصفه مضمون وبدل الامانة للراهن وبدل المضمون للمرتهن وان قضى النصف زال الدين وبقي العبد رهنا بحاله وهذا وجه ظاهر الرواية ووجه غيره ما ذكره في الكتاب وهو واضح

(قوله وربما يكون له غرض في ملك العين فيحصل له) أقول يعني يحصل الغرض (قوله ومخلصه المشاكلة الخ) أقول فيه بحث يظهر على من علم ما المشاكلة (قوله اما أن يقضي نصف دينه) أقول بقدر الامانة (قوله وهذا وجه ظاهر الرواية) أقول ولكن كلمة عن تأبى عن كونه الرواية الظاهرة

وقوله (وهذا) أي ماذكرنا من كون الجناية على الراهن والمرتهن هدرا (بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن) لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا يساوي ألفا بألف) نقصان القيمة بتراجع السعر بعدما قبض الرهن ليس بمعتبر فلا يوجب سقوط الدين ولهذا لو نقص به وهو باق على حاله فالراهن يطالب بجميع الدين عند رد المرتهن الرهن الى الراهن وقوله (حتى لا يزاد على دية الحر) نتيجة قوله كان مقابلا بالدم وقوله (لان المولى استحقه) دليل قوله لانه بدل المالية في حق المستحق وقوله (أو نقول) دليل آخر أي لا يمكن أن يجعل المرتهن مستوفيا الالف الدين بالمائة التي غرمها الحر بقتل الرهن وجعلت رهنا مكانه لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك والباقي ظاهر واعلم أن صور المسائل ههنا ثلاث تراجع قيمة الرهن من ألف الى مائة مع قيام عينه بحاله وقتل حر العبد الذي قيمته مائة بعد التراجع وضمان قيمته مائة وقتل عبد العبد المرهون ودفعه به وأقوال العلماء فيها أيضا ثلاثة أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فحكم الصورة الاولى والثالثة واحد وهو أن الراهن يفتكها بجميع الدين بلا خيار وقول محمد رحمه الله في الاولى كقولهما وفي الثالثة أن الراهن بالخيار بين أن يأخذ الرهن بجميع الدين كالاولى وبين أن يسلمه الى المرتهن بماله كالثانية على ما ذكره وقول زفر رحمه الله ان حكم الصورة الاولى والثالثة واحد في أن الراهن يفتكها بالمائة ويسقط عنه التسعمائة قياسا على الصورة الثانية فان حكمها أن التسعمائة ساقطة عن الراهن بالاتفاق وللمرتهن تلك المائة التي ضمنها الحر عند حلول الاجل ووجوه هذه الاقوال مذكورة في الكتاب

وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على الاجنبي قال (ومن رهن عبدا يساوي ألفا بألف الى أجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء ألفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربا قال (وان كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسعمائة) لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى وكذا هذا قال (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له أن يد الرهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر أن العبد الثاني قائم مقام الاول

لوقوعه في صحبته أو التغليب سماه دافعا وثناه انتهى أقول لا صحة لتوجيه المشاكلة ههنا لان المشاكلة ذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وهذا لا يتصور الا اذا تكرر ذكر لفظ وأريد به في المرة الاولى أصل معناه وفي الاخرى غير ذلك كما في قوله تعالى حكاية تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وفيما نحن

(قال المصنف وأصله أن النقصان من حيث السعر) أقول أي أصل جنس هذه المسئلة لا أصل هذه المسئلة فانه ليس فيه خلاف زفر ولك أن تقول الاتفاق في جواب المسئلة لا ينافي الاختلاف في التخريج (قال المصنف لانه بدل المالية) أقول أي القيمة وانما ذكر الضمير بتأويل الموجب أو باعتبار الخبر (قوله وقوله أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا دليل آخر) أقول فيه بحث (قوله فاذا هلك يصير مستوفيا) أقول الفاء للتعقيب الذكري والا فالهلاك مقدم (قال المصنف وان قتله عبد قيمته مائة) أقول أي قتل العبد الذي قيمته ألف ولم يتراجع سعره لئلا يلزم التكرار

وقوله (لجاودما) يعني صورة ومعنى أما صورة فظاهر وأما معنى فلان القاتل كالمقتول في الآدمية والشرع اعتبره جزأ من حيث الآدمية دون المالية ألا ترى الى استوائهما في حق القصاص فكذا في حق الدفع أيضا وقوله (لماذكرنا) اشارة الى قوله ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس الخ وقوله (كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب في يد الغاصب) يعني اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما فان المشتري يتخير بين أن يأخذه بكل الثمن وبين أن يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير

لجاودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شئ من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لجاودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له أن يدفع) لانه لا يملك التمليك (ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشئ من الفداء) لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها (ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية) لان الملك في الرقبة قائم له وانما الى المرتهن الفداء لقيام حقه (فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير) بين الدفع والفداء (فان اختار الدفع سقط الدين) لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك (وكذلك ان فدى)

المغصوب منه بين أن يأخذ المدفوع مكانه وبين أن يطالب الغاصب بقيمة المقتول وقوله (وأنه منسوخ) يعني بقوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن ثلاثا وقوله (ولو كان العبد تراجع سعره الى قوله فهو على هذا الخلاف) قيل في بعض الشروح هذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ماعبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم عليه أيضا وفي ذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار رغمة (واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن) يعني اذا كانت القيمة والدين سواء أما اذا كانت القيمة أكثر فسيأتي وانما كانت الجناية عليه لان العبد في ضمانه

فيه لم يتكرر ذكر لفظ بل وقع مرة واحدة بصيغة التثنية فسبيله التغليب لا غير كما لا يخفى (قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف) قال صاحب غاية البيان وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف انتهى وقال صاحب العناية قيل في بعض الشروح وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث يعني ماعبرنا عنه ههنا بالصورة الثالثة فيما اذا تراجع سعر الرهن الى مائة فقتله عبد قيمته مائة فدفع به وقد ذكر الخلاف فلا حاجة الى أن يقول بعد ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا تراجع السعر لكنه لم يتعرض لوقوع التكرار وهو لازم أيضا عليه وذلك سوء ظن بمثل صاحب الهداية الذي حاز قصبات السبق في مضمار التحقيق وانما الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما ذكرنا وهذه المسئلة في صورة التراجع ولا تكرار رغمة الى هنا لفظ العناية أقول مامر في بيان صور المسائل الثلاث انما هو عبارة البداية المأخوذة من الجامع الصغير والانصاف أنها لا تساعد جعل الصورة الثالثة في غير تراجع السعر كما فعله صاحب العناية وصاحب الكفاية وانما تساعد جعلها في تراجع السعر أيضا كما فعله صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وصاحب الغاية أو جعلها فيما هو أعم من تراجع السعر ومن عدم تراجعه فان نص عبارة البداية على وفق ما في الجامع الصغير هكذا ومن رهن عبدا يساوي ألفا بألف الى أجل فنقص في السعر ورجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ وان كان أمره الراهن ببيعه

(قوله قيل في بعض الشروح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله وكذلك صاحب النهاية جعل الصورة الثالثة فيما اذا لم يتراجع السعر) أقول وكذلك جعل الكاكي في معراج الدراية وأما صاحب الكفاية فانه مشى على طريق الشيخ الشارح

وقوله (لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن) يعنى واذا كان على المرتهن وقد أداه الراهن وجب له على المرتهن مثل ما أدى الى ولى الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا قصاصا فيسلم الرهن للراهن ولا يكون متبرعا فى أداء الفداء لانه يسعى فى تخليص ملكه كمعير الرهن وقوله (وحق ولى الجناية) بالجر معطوف على دين المرتهن يعنى أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق ولى الجناية أيضا حتى لو جنى العبد المديون دفع الى ولى الجناية ثم بيع للغرماء على ما يأتى فى الديات وقوله (لتقدمه على حق المولى) أى لتقدم دين العبد على حق المولى واذا كان مقدما على حق المولى كان مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية فان المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية وولى الجناية فى ملك العين

لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء فى الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط شئ من الدين كما لو هلك فى الابتداء وان فدى فهو رهن مع أمه على حالهما (ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان أدى المرتهن الدين الذى لزم العبد فدينه على حاله كما فى الفداء وان أبى قيل للراهن بعه فى الدين الا أن يختار أن يؤدى عنه فان أدى بطل دين المرتهن) كما ذكرنا فى الفداء (وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه) لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى

فباعه بمائة قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة فان قتله عبد قيمته مائة فدفع اليه مكانه افتكه بجميع الدين وقال محمد رحمه الله هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن انتهى ولا يخفى عليك أن قوله فان قتله عبد الخ عطف على قوله ثم قتله رجل وان الظاهر المتبادر أن ضمير قتله فى المعطوف راجع الى ما رجع اليه ضمير قتله فى المعطوف عليه ولا شك أن الضمير فى المعطوف عليه راجع الى العبد المرهون الذى نقص فى السعر فكذا الضمير الذى فى المعطوف كما ذهب اليه أصحاب النهاية ومعراج الدراية وغاية البيان وان أخرج الضمير فى المعطوف عما هو الظاهر المتبادر من رجوعه الى ما رجع اليه ضمير المعطوف عليه فلا أقل من ارجاعه الى مطلق العبد المرهون المذكور فى ضمن العبد المرهون المقيد بنقصان سعره فى المعطوف عليه وعلى كلا التقديرين لا يخلو ما ذكره المصنف ههنا بقوله ولو كان تراجع سعره الخ عن شائبة التكرار واما ارجاع الضمير فى المعطوف الى العبد المرهون المقيد بعدم تراجع السعر فمالا تساعده العبارة المذكورة قطعا على مقتضى العربية فلا وجه للمصير اليه تبصر ترشد (قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولى الجناية لتقدمه على حق المولى) قال صاحب النهاية قوله وحق ولى الجناية بالجر أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم على حق ولى الجناية أيضا حتى انه لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء على ما يأتى فى جناية المملوك فى الديات وقوله لتقدمه على حق المولى أى لتقدم حق العبد على حق المولى فاذا كان مقدما على حق المولى يكون مقدما على حق من يقوم مقامه وهو المرتهن وولى الجناية

(قال المصنف لان دين العبد مقدم على (٢٣٦) دين المرتهن وحق ولى الجناية الخ) أقول قال الاتقانى قوله وحق ولى الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولى الجناية أيضا مقدم على حق المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلأن يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدورى بذلك فى شرحه وقدمر آنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم فى شرحه قوله وحق ولى بالجر أى دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولى الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولى الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا فى غاية الضعف لان المسئلة التى استشهد بها تدفع كلامه لانه قال ودين العبد مقدم على حق ولى الجناية وفى المسئلة قدم حق ولى الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وانه مناقضة لا محالة انتهى ونحن نقول فيه بحث فانه تأخير صورة لكنه تقديم معنى حيث لم يبق فى يد ولى الجناية شئ كما لا يخفى (قوله وقوله وحق ولى الجناية بالجر معطوف على دين المرتهن) أقول ولعل النصب أولى عطفا على دين العبد أى حق ولى الجناية مقدم على دين المرتهن وانما قلنا ذلك أولى لعدم ظهور دلالة قوله لتقدمه على حق المولى (قال المصنف لتقدمه على حق المولى) أقول فى دلالته على التقدم على حق ولى الجناية بحث فانه كما يقال للمولى فى الاستهلاك بع أو أد المال كذلك يقال فى الجناية ادفع أو افد (قوله فان المرتهن يقوم مقام المولى فى المالية) أقول وكذلك صاحب دين العبد قائم مقامه فى المالية حيث يباع ويعطى ثمنه له فلا يظهر بذلك التقدم خصوصا على حق ولى الجناية بل عكسه أظهر لان المولى مخاطب فيه بدفع عين العبد وعليك بامعان النظر

(فان فضل شئ ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن) لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمان المرتهن فأشبه الهلاك (وان كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل أخذه به) لانه من جنس حقه (وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد) لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق (ثم اذا أدى بعده لا يرجع على أحد) لانه وجب عليه بفعله (وان كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف وقد جنى العبد يقال لهما افدياه) لان النصف منه مضمون والنصف أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما منه الرضا به (فان تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي راهنا كان أو مرتهنا) أما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدي له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له أن يفدي وأما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره (ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن) لانه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى (ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه)

لان المرتهن يقوم مقام المولى في المالية وولي الجناية يقوم مقام المولى في ملك العين الى هنا كلامه واقتفى أثره في هذا البيان جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الغاية قوله وحق ولي الجناية بالنصب أو بالرفع عطفا على لفظ دين العبد أو محله معناه أن دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي الجناية أيضا مقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يقدم على حق المرتهن أولى لان حق المالك أقوى ويدل على هذا التقرير تصريح القدوري بذلك في شرحه وقد مرآنفا تحقيقه أن المصنف ذكر جناية العبد المرهون أولا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على أن مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي بالجر أي دين العبد مقدم على دين المرتهن ومقدم أيضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فأقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها تدفع كلامه لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه حق الغرماء وأنه مناقضة لا محالة الى هنا لفظ الغاية أقول لا تدافع بين كلام هؤلاء الشراح وبين المسئلة التي استشهدوا بها اذ لا يشتبه على الفطن تحقق تقديم حق الغرماء حقيقة على حق ولي الجناية في تلك المسئلة فانه وان دفع العبد الجاني أولا الى ولي الجناية الا أنه لم يبق في يده بل بيع ودفع ثمنه الى الغرماء وقد نبه عليه صاحب الكفاية حيث قال لانه وان دفع الى ولي الجناية أولا لكن اذا بيع لم يبق للدفع أثر فعلم أن الدين كان مقدما حقيقة انتهى (قوله فان فضل شئ الخ) أقول فيه شئ وهو أن الظاهر من أسلوب تحرير الكتاب أن يكون قوله فان فضل شئ الخ من متفرعات المسئلة السابقة وهي قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته ولا يذهب على ذي مسكة أن المال المستهلك اذا استغرق رقبة العبد لا يتصور أن يفضل على دين الغريم شئ من ثمن العبد الذي بيع فيلزم

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لأنه لا يملك التمليك وقوله (فان تشاحا) بأن اختار الراهن الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء والمرتهن الدفع أو بالعكس فالمعتبر هو الفداء وذكر جانب المرتهن اذا اختار الفداء ثم ذكر جانب الراهن اذا اختار ذلك بعد ذكره جناية ولد الرهن

(قال المصنف فان أجمعا على الدفع دفعا) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز في قوله دفعا ولا يقال المراد رضيا بالدفع بطريق عموم المجاز لانه لا يكون مسببا عن الاجماع على الدفع والمخلص التغليب

وقوله (لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع) يعني أن الراهن اذا خوطب فلابد له من أحدهما وأيهما كان سقط الدين فلم يجعل الراهن في الفداء بقدر الدين متطوعا وقوله (وان كان غائبا) ذكر في الاسرار أن المراد به الغيبة المنقطعة قوله (وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) وما بعده هو الموعود بقوله وسنبين القولين وما بعده واضح الخ

﴿فصل﴾ هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في أواخر الكتب (ومن رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة ثم صار خلا ولم ينقص مقداره فهو رهن بعشرة) وان نقص سقط من الدين بقدره ولا معتبر بنقصان القيمة لان الفائت مجرد وصف وبفواته في المكيل والموزون لا يسقط شئ من الدين عندهم وانما يتخير الراهن بين أن يفتكه ناقصا بجميع الدين وبين أن يضمن قيمته ويجعلها رهنا عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد بين أن يفتكه ناقصا وبين أن يجعله بالدين كما في القلب اذا انكسر فقوله يساوي عشرة وقع اتفاقا

لان سقوط الدين أمر لازم فدى أو دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في نصف كان عليه فاذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كأنه أوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي (ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا) وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والحسن وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فأشبه الاجنبي وله أنه اذا كان الراهن حاضرا أمكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فأما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا قال (واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه (وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وأمره ببيعه) لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره (وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه) لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فأشبه الايثار بالايفاء الحقيقي (فان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز) لزوال المانع بوصول حقهم اليهم (ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن) اعتبارا بالايفاء الحقيقي (وبيع في دينه) لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده (واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز) لانه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ قال (ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة)

أن لا ينتظم المعنى اللهم الا أن يكون قوله فان فضل شئ الخ مسئلة مباينة للمسئلة الاولى مقابلة لها لا متفرعة عليها ويكون الفاء في قوله فان فضل لمجرد الترتيب الذكري كما تستعمل الفاء في هذا المعنى أيضا على ما عرف في علم الادب تأمل

﴿فصل﴾ هذا الفصل بمنزلة المسائل المتفرقة المذكورة في أواخر الكتب فلذلك أخره استدراكا لما فات

(قال المصنف وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله) أقول قال الامام الزيلعي وعن زفر عن أبي حنيفة رحمه الله على عكسه أن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا في الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجني عليه لا يخاطب المرتهن حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما في حالة حضرته فالمجني عليه يخاطبهما بالدفع والفداء فلا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا اليه فلا يكون متطوعا كمعير الراهن وصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه انتهى ولا يخفى أن هذا الوجه لان يرد اعتراضا على ظاهر الرواية ولا يخلو الخلاص عنه عن الاشكال

﴿فصل ومن رهن عصيرا﴾ (قال المصنف ومن رهن عصيرا بعشرة وقيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة الخ) اقول قال الزيلعي يشير الى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين كما في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الفائت فيه مجرد الوصف وفوات شئ من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين باجماع الصحابة فيكون الحكم فيه انه ان نقص شئ من القدر سقط بقدره من الدين والا فلا انتهى فكان الاصوب أن يقول بدل قوله يساوي عشرة الخ والمقدار باق على حاله

وقوله (لان ما يكون محلا للبيع) يعني أن الرهن كالبيع في الاحتياج الى المحل فيعتبر محله بمحله والخمر لا يصلح محلا للبيع ابتداء و يصلح بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض لم يبطل عقده فكذا في الرهن ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل ويمكن أن يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا تبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل واعلم أن العصير المرهون اذا تخمر فاما أن يكون الراهن والمرتهن مسلمين أو كافرين أو يكون الراهن وحده مسلما أو بالعكس فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل أو لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل فكذلك واليه يلوح اطلاق المصنف رحمه الله حيث قال ثم صار خلا يعني بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل للمرتهن أن يخلله أولا فيه تفصيل ان كانا مسلمين أو كان الراهن مسلما جاز تخليله لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط الدين لكن اعادتها ممكنة بالتخلل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك في المسلمين والخمر ليست بمحل بالنسبة اليهم فلأن يجوز في المرتهن الكافر أولى لانها محل بالنسبة اليه وأما اذا كان الراهن كافرا فله أن يأخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية لا تعدم المالية في حقه فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها فالخل له وتقع المقاصة ان كان الدين من جنس القيمة و يرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من دينه وقوله (فهو رهن بدرهم) يعني ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وأما اذا كانت قيمته يومئذ درهمين فهو رهن بدرهمين و يعرف ذلك بأن ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين هذا اذا كانت القيمة مثل الدين فان كانت أكثر أو أقل فهي مذكورة في النهاية

قال (ونماء الرهن للراهن الخ) الاصل ان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد اذا كانت صالحة لاحكامها والرهن منها لكونه حقا لازما اذ اللازم هو القار والقار ما يكون ثابتا في جملة الام و لا ينفرد من عليه بابطال حكمه ككونها حرة وقنة ومبيعة ومكاتبة ومدبرة وانما فسرنا بذلك لئلا ترد كفالة الحرة فانها ما تسري الى الاولاد والزكاة بعد كمال الحول كذلك فانهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه ينفرد بالابطال باختيار الفداء وانما قيدنا الاولاد بصلاحيتها لاحكام الاوصاف لئلا يرد ولد المغصوبة والمستأجرة والمنكوحة والموصى بخدمتها لان الاولاد حين الولادة لم تصلح لاحكام هذه الاوصاف أما في غير الغصب فظاهر

لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب (ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع و يقول يعود البيع قال (ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد

فيما سبق (قوله لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء) أقول لقائل أن يقول لو كان مدار مسئلتنا المذكورة على هذا القدر من

(قال المصنف لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن) أقول منقوض بالشائع والجواب أن فيه مانعا (قوله ويمكن أن يجاب عنه بانه كذلك فيما يكون المحل باقيا) أقول فيه بحث لان ما ل ماذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية الى الخمرية مصحح لها والاولى أن يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات يرثه قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهي عن الاقتراب والاغترار ولا يوجد ذلك في البقاء فليتأمل (قوله والخمر ليست بمحل) أقول للرهن ابتداء (قوله لانها محل بالنسبة اليه) أقول نعم الا أنه ليس كتخليص الرهن من الجناية بالنسبة اليه لكن لا غرو فان كونه كذلك بالنسبة الى الراهن كاف (قوله وانما فسرنا الخ) أقول أي اللازم (قوله فانهما يثبتان في ذمة الكفيل والمالك لا في عين الامهات) أقول هذا تعليل لقوله لئلا يرد الخ يعني لا في جملتهما أي في جملة الكفيل والام التي ثبت حق الزكاة فيها وفيه تأمل فان كونها ما لا يثبت فيه حق الزكاة وصف ثابت بجملتها ثم أقول ولك أن تقول يخرج الجواب عن ولد المستأجرة والموصى بخدمتها بانهما لا يثبتان في عين الامهات لكون كل منهما عقدا على المنفعة (قوله ولئلا يرد ولد الجانية فان من عليه الخ) أقول لفظة من عبارة عن المولى (قوله ينفرد بالابطال) أقول أي بابطال الجناية عن الام بالتزامها في ذمته (قوله باختيار الفداء) أقول فعلى هذا لو كانت وصفا قارا لا يرد نقضا لعدم ثبوتها للام

وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا بغير حق ولم يتحقق في الولد واذا ظهر هذا علم أن نماء الرهن كاللبن والثمر والصوف والولد للراهن لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له فبقي الاصل وصفان لازمان الملك وكونه رهنا فيسريان الى الولد فان هلك الولد هلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل اذا لم تكن مقصودة لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لم يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض لانه مضمون بالقبض كما تقدم وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به ولو هلك قبله هلك مجانا والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فانه يكون له حصة من الثمن اذا صار مقصودا بالقبض والزيادة ههنا صارت مقصودة بالفكاك فيخصه شيء من الدين فما أصاب الاصل يسقط من الدين بقدره لانه يقابله الاصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن به وقوله (وصور المسائل على هذا الاصل) يعني ماذكرنا من قسمة الدين على قيمتهما يوم القبض والفكاك (تخرج) وفي ذلك كثرة وتطويل فأعرض عنها وتابعناه في ذلك وقوله (فيصح تعليقها بالشرط) يريد بالشرط قوله فاحلبت فان كلمة ما تضمنت معنى الشرط ولهذا دخل الفاء في خبرها وقوله (لانه أتلفه باذن المالك) فيه اشارة الى أنه لو أتلف بغير اذنه ضمن وكانت القيمة رهنا مع الشاة وكذا لو فعل الراهن ذلك بدون اجازة المرتهن

والثمر واللبن والصوف) لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه (فان هلك يهلك بغير شيء) لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها (وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك) لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما أصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات (ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك) أما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فتصح مع الخطر (ولا يسقط شيء من الدين) لانه أتلفه باذن المالك (فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما أصاب الشاة سقط وما أصاب اللبن أخذه المرتهن من الراهن) لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن أخذه وأتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا أذن له الراهن في أكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس

التعليل لما ظهر فائدة قوله ثم صار خلا في وضع المسئلة بل كان يكفي أن يقال ومن رهن عصيرا بعشرة فتخمر فهو رهن بعشرة لكفاية التعليل المذكور بعينه في اثبات هذا المعنى العام فتأمل قال صاحب العناية ولقائل أن يقول ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما بال هذا تخلف عن ذلك الاصل قال ويمكن أن يجاب عنه بأنه كذلك فيما يكون المحل باقيا وههنا يتبدل المحل حكما بتبدل الوصف فلذلك تخلف عن ذلك الاصل انتهى أقول في الجواب بحث اذ للقائل أن يعود ويقول لو كان يتبدل المحل ههنا بتبدل الوصف كان ينبغي أن يبطل العقد فيما اذا اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض اذ على تقدير تبدل المحل يلزم أن يكون المبيع هالكا قبل القبض في هاتيك الصورة وقد قالوا في المسئلة الآتية ان البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض وان المنتقض لا يعود مع أنه ذكر في الكتاب أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا أنه يتخير في البيع فان قيل هذا التبدل ليس بتبدل حقيقي بل هو تبدل حكمي كما صرح به صاحب العناية والذي يستلزم كون المبيع هالكا انما هو التبدل الحقيقي دون الحكمي قلنا فلقائل أن يقول ما بال هذا التبدل الحكمي كان له تأثير في التخلف عن ذلك الاصل المقرر ولم يكن له تأثير في كون المبيع هالكا وما الفارق بينهما وبالجملة للكلام مجال في كل حال وأورد بعض الفضلاء على الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال فيه بحث لان مآل ماذكره أن يكون السالب لقابلية المحلية وهو تبدل وصف العصيرية الى الخمرية مصححا لها وقال والاولى أن يجاب بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء كما اذا كان لمسلم عصير فتخمر فانه لا يخرج به عن ملكه فاذا مات ورثه

قال

(قوله وأما في الغصب فلان الضمان به يعتمد قبضا مقصودا الخ) أقول واذا انعدم سبب الغصب وهو القبض مقصودا انعدم حكمه لا محالة (قوله وقيمة النماء يوم الفكاك لانه انما صار مضمونا به) أقول الضمير في به راجع الى الفكاك (قوله اذا صار مقصودا بالقبض) أقول اذا ماتت الام

قال (وتجوز الزيادة فى الرهن الخ) الزيادة فى الرهن مثل أن يرهن ثوبا بعشرة يساوى عشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون مع الاول رهنا بالعشرة جاز عند علمائنا رحمهم الله والزيادة على الدين لاتجوز عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف وقال زفر والشافعى لاتجوز الزيادة فيهما جميعا والخلاف معهما فى الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة وهو أن يزوج المولى أمته من رجل بالف ثم زوج أمة أخرى بذلك الالف وقبل الزوج يصح العقدان ويقسم الالف عليهما وذكر فى الاسرار وطريقة البرغرى وغير ذلك أن ذلك لم يصح ونقل عن حميد الدين الضرير رحمه الله أنه قال يجوز أن يكون مرادهم من قولهم لاتجوز الزيادة فى المنكوحة أن يقول المولى زدتك أمة أخرى بذلك المهر أما لو قال زوجتك هذه الامة الاخرى بذلك المهر لزم أن يصح وقوله (ألاترى أنه لورهن عبدا بخمسمائة) يعنى من الدين الذى هو ألف فيكون بنصف الدين كان جائزا ولو رهن ثوبا بعشرين نصفه بعشرة ونصفه بعشرة لم يصح وقوله (والالتحاق بأصل العقد) افساد للجامع الذى ذكره أبو يوسف رحمه الله وهو واضح وحاصله أن الالتحاق بأصل العقد انما يتصور اذا كانت الزيادة فى المعقود عليه أو المعقود به والزيادة فى الدين ليست

قال (وتجوز الزيادة فى الرهن ولاتجوز فى الدين) عند أبى حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن رهنا بها وقال أبو يوسف تجوز الزيادة فى الدين أيضا وقال زفر والشافعى لاتجوز فيهما والخلاف معهما فى الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه فى البيوع ولابى يوسف فى الخلافية الاخرى أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة فى الرهن توجب الشيوع فى الدين وهو غير مانع من صحة الرهن ألاترى أنه لورهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وان كان الدين ألفا وهذا شيوع فى الدين والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق بأصل العقد فى بدلى العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة فى الرهن

قريبه المسلم فيثبت له الملك ابتداء وبقاء والعقود شرعت لاحكامها وانما لم يكن محلا للعقد ابتداء للنهى عن الاقتراب والاغترار ولايوجد ذلك فى البقاء فليتأمل انتهى الى هنا كلامه أقول جوابه الذى عده أولى ليس بشئ لان مورد السؤال الذى ذكره صاحب العناية بقوله ولقائل أن يقول الخ انما هو قولهم فى تعليل هذه المسئلة أن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حيث ورد عليه أن ما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء فما معنى كون الخمر محلا للبيع فى البقاء دون الابتداء ولاشك أن القول بان الخمر قابل لحكم البيع وهو الملك ابتداء وبقاء لايدفع السؤال المزبور المورد على قولهم فى التعليل المذكور ان الخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء بل يكون مآله تغيير تعليلهم المذكور الى أن يقال ان ما يكون حكما للبيع يكون حكما للرهن والخمر قابل لحكم البيع ابتداء وبقاء فكذا فى الرهن وهذا مع كونه عدولا عن تعليلهم المرضى عندهم ليس بصحيح فى نفسه اذلاريب أن ما يكون حكما للبيع وهو ملك العين لا يكون حكما للرهن فان حكم الرهن انما هو ثبوت يد الاستيفاء والحبس للمرتهن لاغير كما تقرر فيما مر (قوله ولهما وهو القياس أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن الخ) أقول لقائل أن يقول لافائدة لقوله وهو القياس فى أثناء ذكر دليلهما لان دليل أبى يوسف أيضا هو القياس كما أفصح عنه تقرير المصنف اياه حيث قال ان الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن ثم قال والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة والامكان وعن هذا ترك صاحب الكافى القيد المذكور أعنى قوله وهو القياس فى أثناء تقرير دليلهما والجواب أنه ليس مراد المصنف ههنا بقوله وهو القياس الاحتراز عن أصل أبى يوسف فى هذه المسئلة التى هى الخلافية الاخرى وهى مسئلة الزيادة فى الدين بل مراده بذلك هو الاحتراز عن أصل أئمتنا الثلاثة فى الخلافية الاولى وهى مسئلة الزيادة فى الرهن فان أصلهم فيها هو الاستحسان كما صرح به فى النهاية وغيرها والباعث على تقييد المصنف ههنا بهذا الاحتراز هو أنه لما كان دليل أبى يوسف فى الخلافية الاخرى هو القياس كما أفصح عنه تقريره جاز أن يتوهم أن دليلهما فى هذه المسئلة هو الاستحسان لكونهما فى خلافية ههنا فنبه على أن أصلهما أيضا هو القياس فى هذه المسئلة وانما الاستحسان أصلهم فى الخلافية الاولى (قوله والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن) أقول لقائل أن يقول سبق وجوبه على الرهن البتة ممنوع لجواز أن

(٣١ - تكملة ثامن) (قال المصنف وتجوز الزيادة فى الرهن ولاتجوز فى الدين) أقول معناه لايكون الرهن رهنا بالزيادة لا أن نفس زيادة الدين على الدين غير صحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا (قال المصنف وقد ذكرناه فى البيوع) أقول المذكور فيه خلافهما فى زيادة الثمن وحطه لاغير (قوله أن يقول المولى زدتك أمة أخرى) أقول فانه ليس فيه لفظ التزويج

فى شئ من ذلك أما أنه غير معقود عليه فظاهر وأما أنه ليس بمعقود به فلو جوبه بسببه قبل عقد الرهن بخلاف الرهن فانه معقود عليه لانه لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى بعده وقوله (وتسمى هذه زيادة قصدية) يعنى بخلاف نماء الرهن فانه ليس زيادة قصدية بل ضمنية ولهذا اختلفا حكما وقوله (واذا ولدت المرهونة ولدا) يعنى اذا رهن جارية بالف تساوى ألفا فولدت ولدا يساوى ألفا فقال الراهن زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو أيضا يساوى ألفا جاز العقد ويكون العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما أصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وقيمة العبد يوم قبضه لانه دخل فى ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من العقد وصار كان لم يكن فبطل الحكم فى الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض

وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألفا يقسم الدين أثلاثا ففى الزيادة ثلث الدين وفى الاصل ثلثا الدين اعتبارا بقيمتهما فى وقتى الاعتبار وهذا لان الضمان فى كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض (واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما فى الولد عليه وعلى العبد الزيادة) لانه جعله زيادة مع الولد دون الام (ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها) لان الزيادة دخلت على الام قال (فان رهن عبدا يساوى ألفا بألف ثم أعطاه عبدا آخر قيمته ألف رهنا مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن فى الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول انما دخل فى ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقى الاول فى ضمانه لا يدخل الثانى فى ضمانه لانهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل الثانى فى ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثانى يد أمانة ويد الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد وأخذها فان الجياد أمانة فى يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين (ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن فى يد المرتهن يهلك بغير شئ استحسانا) خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء أو الهبة

يكون الدين الذى يزيد بما حدث بحادثة توجب متأخرا عن عقد الرهن من الاستقراض وغيره والجواب أن الكلام فى الالتحاق بأصل العقد فالدين وان كان متأخرا عن أصل عقد الرهن الا أنه يثبت بالالتحاق بأصل العقد تسمية بحدثه فتصير كالرهن الابتدائى ولا شك أن زمان وجوب الدين الجديد مقدم على زمان التحاقه بالاصل فان الالتحاق فرع التحقق فاهذا حكم بسبق وجوبه على الرهن البتة تأمل تفهم

فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام فصارت كأنها كانت فى أصل العقد فيكون الولد داخلا فى حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها وبقى الولد والزيادة نماء فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان بل يقرره فلا يبطل الحكم فى الزيادة ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شئ وكأن العقد فى الام ولا ولد معها قال (فان رهن عبدا يساوى ألفا الخ) كلامه واضح وقوله (على ما بيناه من قبل) يعنى فى صدر كتاب الرهن فى تعليل ان تمام الرهن بالقبض وقوله (خلافا لزفر رحمه الله) هو يقول ان الضمان فى باب الرهن انما يجب باعتبار القبض وهو قائم فكان ما بعد الابراء وما قبله سواء ولهذا كان مضمونا بعد الاستيفاء وان لم يبق الدين بعده ولنا ما ذكر فى الكتاب أن الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما فى الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء أى بسببه ولا

(قوله وأما أنه ليس بمعقود به فلوجوبه) أقول الأصوب أن يقول أما أنها ليست فى المعقود عليه فظاهر وأما أنها ليست بالمعقود به فلان الدين واجب بسببه قبل عقد الرهن وانما قلنا ان الاصوب ذلك لان ظاهر تقريره يدل على ان المقصود بالنفى كون الزيادة مقصورا عليها وبها وليس كذلك لظهور أنها ليست واجبة قبل عقد الرهن فليتأمل وتوجيه ما ذكره المصنف ارجاع الضمير الى الملحق به المعلوم من سياق الكلام (قوله فان مات الولد بعد الزيادة) أقول قبل الفكاك (قوله وان لم يبق الدين بالابراء) أقول لفظ الابراء ليس فى محله كما لا يخفى (قوله أو لتوهم الوجوب الخ) أقول فيه بحث وفى بعض النسخ عند توهم الوجود وهو الصحيح

ولاجهته لسقوطه فلم يبق الرهن مضمونا بالدين فان قيل سقوط الدين لا يوجب سقوط الضمان فانه اذا طلبه الراهن ومنع المرتهن بعد الابراء فانه يضمن وقد سقط الدين أجاب بقوله الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا لانتفاء ولاية منعه والجواب عن صورة الاستيفاء ماذكره على وجه الفرق بقوله ان بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو العقد الذى لزم الدين به الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فيفضى الى الدور وقوله (فاماهو) يعنى تعذر الاستيفاء فاما الدين فهو قائم فى نفسه وهو تكرير للتوكيد (فاذاهلك) يعنى الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الحكمى فانتقض الاستيفاء الثانى وهو الحقيقى لئلا يتكرر الاستيفاء وقوله (وكذا اذا اشترى) معطوف على قوله ولو استوفى وقوله (لانه) أى لان كل واحد من الشراء والصلح على عين استيفاء فيجب عليه رد الرهن ان كان باقيا أو قيمته ان هلك فى يده قبل

ولاجهته لسقوطه الا اذا أحدث منعا لانه يصير به غاصبا اذلم تبق له ولاية المنع (وكذا اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فأبرأته أو وهبته أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول أو اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن فى يدها يهلك بغير شىء فى هذا كله ولم تضمن شيأ) لسقوط الدين كما فى الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن فى يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى ما استوفى منه وهو من عليه أو المتطوع بخلاف الابراء) ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرنا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فأماهو فى نفسه فقائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى (وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عنه على عين) لانه استيفاء (وكذلك اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين) لانه فى معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو ما يرجع عليه به ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل (وكذا لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين)

(قوله ووجه الفرق أن بالابراء يسقط الدين أصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا أنه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول فانتقض الاستيفاء الثانى) المراد بالاستيفاء الاول هو الاستيفاء الحكمى وبالاستيفاء الثانى هو الاستيفاء الحقيقى كذا فى عامة الشروح أقول ههنا نوع اشكال وهو أن الاستيفاء الحكمى الذى ثبت للمرتهن بقبض الرهن اما أن ينتقض باستيفائه الدين حقيقة بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع قبل هلاك الرهن أو لم ينتقض بل بقى على حاله فان انتقض لم يتم قوله فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول اذ قد تقرر عندهم أن المنتقض لا يعود وقد مر فى الكتاب غير مرة وان لم ينتقض بل بقى على حاله يلزم أن يتكرر الاستيفاء عند استيفائه الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع وتكرره مؤد الى الربا فاسد كما مر أيضا غير مرة ويمكن أن يجاب عنه بأنه غير منتقض بل باق على حاله ولكنه فى قوة الزوال والانتقاض برد المرتهن الرهن على الراهن سيما اذا وجب الرد عليه عند تحقق الاستيفاء الحقيقى كما فيما نحن فيه فكان الاستيفاء لم يتكرر عند الاستيفاء الحقيقى مالم يتقرر الاستيفاء الحكمى بهلاك الرهن فى يد المرتهن فلم يحصل فساد هذا غاية ما يمكن فى التفصى عن ذلك الاشكال وان كان لا يخلو عن نوع تكلف

الرد وقوله (لانه) يعنى البراءة بطريق الاداء اشارة الى الجواب عما يقال ذمة المحيل تبرأ بالحوالة عما عليه فكان ينبغى أن يكون بمعنى الابراء فيهلك أمانة ووجه ذلك ما أشار اليه أن الحوالة وان كانت ابراء لكنها بطريق الاداء دون الاسقاط (لانه يزول به) أى بعقد الحوالة الخ وقوله (لانه) يعنى المحال عليه (بمنزلة الوكيل) عن المحيل بقضاء الدين وقوله (وكذلك لو تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن الخ) اختيار بعض المشايخ اختاره المصنف ومنهم من قال اذا كان التصادق بعد هلاك الرهن والدين كان واجبا ظاهرا فهو كذلك فان وجوبه ظاهرا يكفى لضمان الرهن فكان مستوفيا فأما اذا كان قبله هلك أمانة لان بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين

(قوله يسقط الدين أصلا كما ذكرنا) أقول آنفا (قوله وبالاستيفاء لا يسقط) أقول يعنى لا يسقط الدين (قوله لقيام الموجب) أقول يعنى الموجب للدين (قوله أو قيمته ان هلك فى يده قبل الرد) أقول ولا ينتقض الشراء والصلح (قال المصنف وكذا لو تصادقا على أن لا دين) أقول قال الزيلعى قال فى الكافى ذكر شمس الائمة السرخسى فى المبسوط اذا تصادقا أن لا دين بقى ضمان الراهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلاك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن وأما اذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة لانه بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابى أنهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب لا يهلك مضمونا انتهى واختيار المصنف هلاكه مضمونا فى الصورتين كما لا يخفى

ووجه مختار المصنف ماذكره من توهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه يعنى بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه فتكون الجهة باقية وضمان الرهن متحقق بتوهم الوجوب وقوله (بخلاف الابراء) راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من ثمة الى ههنا نقوض على جواب الاستحسان فى صورة الابراء والاولى أن يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية

﴿كتاب الجنايات﴾

لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله أعلم

﴿كتاب الجنايات﴾

قال (القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطا والقتل بسبب)

(قوله بخلاف الابراء) قال صاحب العناية قوله بخلاف الابراء راجع الى قوله ولو استوفى وذلك لانه من ثمة الى ههنا نقوض على جواب الاستحسان فى صورة الابراء وقال والاولى أن يرجع الى قوله فتكون الجهة باقية انتهى أقول لا مساغ عندى لان يكون قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لان المصنف قال بعد ذكر مسئلة استيفاء المرتهن الدين فيما مر بخلاف الابراء وبين وجه الفرق بين الابراء والاستيفاء مستوفى فلو كان قوله ههنا بخلاف الابراء راجعا الى قوله ولو استوفى لتكرر الحشو فى كلامه وحاشاه عن ارتكاب مثل ذلك

﴿كتاب الجنايات﴾

أورد الجنايات عقيب الرهن لان كل واحد منهما للوقاية والصيانة فان الرهن وثيقة لصيانة المال وحكم الجناية لصيانة النفس ألا ترى الى قوله تعالى ولكم فى القصاص حياة ولما كان المال وسيلة لبقاء النفس قدم الرهن على الجنايات بناء على تقدم الوسائل على المقاصد كذا فى أكثر الشروح قال فى غاية البيان ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان فعله انتهى أقول ليس هذا بشئ لان المقصود بالبيان فى كتاب الجنايات انما هو أحكام الجنايات دون أنفسها ولا شك أن أحكامها مشروعة ثابتة بالكتاب والسنة أيضا فلا معنى لتأخيرها من هذه الحيثية ثم ان الجناية فى اللغة اسم لما تجنيه من شر تكسبه وهى فى الاصل مصدر جنى عليه شرا جناية وهو عام فى كل ما يقبح و يسوء الا أنه فى الشرع خص بفعل محرم حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثانى يسمى قطعا و جرحا هذا زبدة ما فى الكتاب والشروح (قوله القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطا والقتل بسبب) قال صاحب النهاية وجه الانحصار فى هذه الخمسة هو أن القتل اذا صدر عن انسان لا يخلو اما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما أن يكون به قصد القتل أم لا فان كان فهو عمد وان لم يكن فهو خطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن يكون جاريا مجرى الخطا أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بسبب وبهذا الانحصار يعرف أيضا تفسير كل واحد منها انتهى أقول فيه خلل أما أولا فلانه جعل القتل الخطأ مخصوصا بما حصل بسلاح وليس كذلك اذ لا شك أن القتل الخطأ كما يكون بسلاح يكون أيضا بما ليس بسلاح كالحجر العظيم والخشبة العظيمة وأما ثانيا فلان قوله فان كان فهو هو يشبه تفسير الشئ بنفسه وأما ثالثا فلان قوله وان لم يكن جاريا مجرى الخطا فهو

فكان مقدما عليها ومحاسن أجزيتها محاسن الحدود والجناية فى اللغة اسم لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا أنه فى الشرع خص بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا وهو فعل من العباد تزول به الحياة والثانى يسمى قطعا وجرحا وسببها سبب الحدود وشرطها كون المحل حيوانا قال (القتل على خمسة أوجه) القتل الذى يتعلق به حكم من قصاص ودية وكفارة وحرمان ارث خمسة أوجه وذلك لانا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة

(قوله يعنى بعد التصادق على عدمه لجواز أن يتذكرا وجوبه بعد التصادق على انتفائه) أقول فيه نظر فان الاحتمال الذى لم ينشأ عن دليل لا بد لاعتباره فى مثل ما نحن فيه من دليل (قوله وقوله بخلاف الابراء) أقول قال الاتقانى قوله بخلاف الابراء يتصل بقوله يهلك الدين والله أعلم والمراد

﴿كتاب الجنايات﴾

(قوله والجناية فى اللغة اسم لما يكتسب من الشر) أقول الفقه يبحث عن أفعال المكلفين فلو أريد المعنى المصدرى بالجناية لكان أنسب وجعها لجمع الطهارات

والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال (فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار)

القتل بسبب ليس بتام لان ما لا يكون جاريا مجرى الخطا لا يلزم أن يكون القتل بسبب البتة بل يجوز أن يكون القتل بخطا محض أيضا فلا يتم الحصر في القتل بسبب ولما انتبه صاحب العناية لما في وجه الحصر الذي ذكره صاحب النهاية من القصور قال في بيان قول المصنف القتل على خمسة أوجه وذلك أنا قد استقرينا فوجدنا ما يتعلق به شئ من الاحكام المذكورة أحد هؤلاء الاوجه المذكورة ونقل ما ذكره صاحب النهاية من وجه الحصر فقال وضعفه وركاكته ظاهران من غير تفصيل وبيان (قوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام) قال جمهور الشراح انما قيد به لان أنواع القتل من حيث هو قتل من غير نظر الى ضمان القتل وعدم ضمانه أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربي حتى قال بعضهم ونظير هذا ما قاله محمد في كتاب الايمان الايمان ثلاثة ولم يرد به جنس الايمان لانها أكثر من ثلاثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة وانما أراد بذلك الايمان بالله تعالى انتهى أقول فيما قالوا نظر اذ الظاهر أن شيأ من أنواع القتل لا يخرج من الاوجه الخمسة المذكورة في الكتاب بل يدخل كل من ذلك في واحد من تلك الاوجه فان ما ذكروا من قتل المرتد وقتل الحربي والقتل قصاصا أو رجما أو قطع الطريق يكون قتل عمد ان تعمد القاتل ضرب المقتول بسلاح وما أجرى مجرى السلاح ويكون شبه عمد ان تعمد ضربه بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح ويكون خطأ ان لم يكن بطريق التعمد بل كان بطريق الخطا الى غير ذلك من الاوجه المذكورة وانما تكون تلك الانواع المباحة من القتل خارجة من الاحكام المذكورة لهذه الاوجه الخمسة لا من نفس هذه الاوجه الخمسة فلا معنى للقول بأن أنواع القتل أكثر من خمسة فان قلت كيف يتصور خروج تلك الانواع من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة للقتل لا من أنفس هذه الاوجه وحكم الشئ ما يترتب عليه ويلزمه قلت قد يكون ترتب الحكم على شئ مشروطا بشروط ألا يرى أنهم جعلوا وجوب القود من أحكام القتل العمد مع أن له شرائط كثيرة منها كون القاتل عاقلا بالغا اذ لا يجب القود على المجنون والصبي أصلا ومنها أن لا يكون المقتول جزء القاتل حتى لو قتل الاب ولده عمدا لا يجب عليه القصاص وكذا لو قتلت الام ولدها وكذا الجد والجدة ومنها أن لا يكون المقتول ملك القاتل حتى لا يقتل المولى بعبده ومنها كون المقتول معصوم الدم مطلقا فلا يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة أصلا ولا بالمستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل مؤقتة الى غاية مقامه في دار الاسلام صرح بذلك كله في عامة المعتبرات فكذا كون القتل بغير حق شرطا لترتب كل من الاحكام المذكورة للاوجه الخمسة من القتل وليس شئ مما ذكروا من الانواع المباحة للقتل بغير حق بل كلها بحق فدخولها في نفس أوجه القتل دون الاحكام المذكورة لها بناء على انتفاء شرط تلك الاحكام وهو كون القتيل معصوم الدم وكون القتل بغير حق لا يقدح في شئ فالاظهر أن مراد المصنف بقوله والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام هو التنبيه على أن المقصود بالبيان في كتاب الجنايات انما هو أحوال القتل بغير حق اذ هو الذي يكون من الجنايات ويترتب عليه أحكامها دون أحوال مطلق القتل وان كان الاوجه الخمسة المذكورة تتناول كل ذلك (قوله فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح) قال بعض الفضلاء في تفسير قوله ضربه أي ضرب المقتول وقال فيخرج العمد فيما دون النفس انتهى أقول يرد عليه النقض بمسئلة ذكرت في المحيط نقلا عن المنتقى وهي أنه اذا تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب

وقال صاحب النهاية رحمه الله لا يخلو اما أن حصل بسلاح أو بغير سلاح فان حصل بسلاح فلا يخلو اما أن كان به قصد القتل أولا فان كان فهو العمد وان لم يكن فهو الخطأ وان لم يكن بسلاح فلا يخلو اما أن كان معه قصد التأديب والضرب أولا فان كان فهو شبه العمد وان لم يكن فلا يخلو اما أن كان جاريا مجرى الخطا أم لا فان كان فهو هو وان لم يكن فهو القتل بالسبب وبهذا الانحصار تعرف أيضا تفسير كل واحد منها وضعفه وركاكته ظاهران وقوله (أو ما أجرى مجرى السلاح) يعني في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب وهي قشره وقد تقدم

(قوله لا يخلو اما أن حصل بسلاح) أقول أو ما أجرى مجراه (قوله وان لم يكن فهو الخطأ) أقول قد يكون القتل الخطأ بغير سلاح كما اذا رمى صيدا بحجر أو خشبة فأصاب رجلا فقتله (قوله فان كان فهو شبه العمد) أقول شبه العمد لا يلزم أن يكون على قصد التأديب بل قد يكون على قصد القتل وجوابه أن ذلك بالنظر الى الآلة (قوله فان كان فهو هو) أقول هذا تعريف الشئ بنفسه ظاهرا (قال المصنف فالعمد ما تعمد ضربه) أقول أي ضرب المقتول فيخرج العمد فيما دون النفس (قال المصنف والنار) أقول ينبغي أن يكون من قبيل علفتها تبنا وماء باردا اذ الواقع في صورة النار هو الالقاء فيها لا الضرب بها

لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك (وموجب ذلك المأثم) لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة

عنق ذلك الرجل فأبان رأسه وقتله فهو عمد وفيه القود وان أصاب عنق غيره فهو خطأ وجه الورود أنه لم يتعمد فى الصورة الاولى ضرب المقتول بل تعمد ضرب يده مع أنه جعل ضربه القتل العمد وأجرى عليه حكم قتل النفس وهو القود تأمل (قوله لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك) أقول فيه بحث وهو أن هذا القدر من التعليل يشكل بما اذا استعمل الآلة القاتلة فى القتل الخطا كما اذا رمى شخصا بسهم أو ضربه بسيف يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وهذا من نوع الخطا فى القصد وكما اذا رمى غرضا بآلة قاتلة فأصاب آدميا وهذا من نوع الخطا فى الفعل فان استعمال الآلة القاتلة الذى جعل دليلا على القصد قد تحقق هنالك أيضا مع أنه ليس بعمد بل هو خطأ محض على مانصوا عليه قاطبة فان قلت المراد باستعمال الآلة القاتلة فى التعليل المذكور استعمالها لضرب المقتول لا استعمالها مطلقا ففيما اذا رمى غرضا فأصاب آدميا لم يكن استعمالها لضرب الآدمى بل كان لغرض آخر قلت هذا التأويل انما يفيد فى نوع الخطا فى الفعل دون نوع الخطا فى القصد فان استعمالها فيه أيضا لضرب المقتول لكن الخطأ فى وصف المقتول فان قلت المراد استعمالها لضرب المقتول من حيث هو آدمى لا استعمالها لضربه مطلقا وفى نوع الخطا فى القصد لم تتحقق الحيثية المذكورة قلت كون الاستعمال من هذه الحيثية أمر مضمر راجع الى النية والقصد فلا يوقف عليه كما لا يوقف على العمد فلابد من دليل آخر خارجى لم يذكر فى التعليل المزبور ثم انه لو كان مدار كون القتل عمدا مجرد استعمال الآلة القاتلة كما هو الظاهر من التعليل المزبور لما كان لقول صاحب الوقاية وكثير من أصحاب المتون القتل العمد ضربه قصدا بما يفرق الاجزاء كسلاح ومحدد من خشب أو حجر أو ليطة أو نار وجه اذ يلزم اذ ذاك أن يكون قيد قصدا زائدا بل لغوا لعدم الوقوف عليه بالغرض الا باستعمال الآلة القاتلة وهو ضربه بما يفرق الاجزاء فيكفى ذكره بل لما كان لقيد تعمد فى الكتاب أيضا فى قوله فالعمد ما تعمد ضربه وجه بل كان ينبغى أن يقال فالعمد ما ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح فتدبر (قوله وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية) أقول لقائل أن يقول الدليل خاص والمدعى عام لان ايجاب القتل العمد المأثم والقود يعم المسلم والذمى لما سيجىء من أن المسلم يقاد بالذمى عندنا ولا شك أن وجوب القود لا ينفك عن لزوم المأثم والآية المذكورة مخصوصة بقتل المؤمن اللهم الا أن يقال الآية المذكورة وان أفادت المأثم فى قتل المؤمن عمدا فقط بعبارتها الا أنها تفيد المأثم فى قتل الذمى عمدا أيضا بدلالتها بناء على ثبوت المساواة فى العصمة بين المسلم والذمى نظرا الى التكليف أو الدار كما سيأتى تفصيله فان قيل بقى خصوص الدليل مع عموم المدعى من جهة أخرى وهى أن المذهب عند أهل السنة والجماعة أن المؤمن لا يخلد فى النار وان ارتكب كبيرة ولم يتب فالظاهر أن المراد عن يقتل فى الآية المذكورة هو المستحل بدلالة خالدا فيها فكان القتل بدون الاستحلال خارجا عن مدلول الآية قلنا لا نسلم ظهور كون المراد عن يقتل فى الآية المذكورة هو المستحل لجواز أن يكون المراد بالخلود المذكور فيها هو المكث الطويل كما ذكر فى التفاسير فلا ينافى التعميم مذهب أهل السنة والجماعة ولئن سلم كون المراد بذلك هو المستحل كما ذكر فى الكتب الكلامية وفى التفاسير أيضا فالآية دالة على عظم تلك الجناية وتحقق الاثم فى قتل المؤمن عمدا بدون الاستحلال أيضا

وقوله (وقد نطق به غير واحد من السنة) منها ما قال عليه الصلاة والسلام فى خطبته بعرفات ألا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومى هذا فى شهرى هذا فى مقامى هذا ومنها قوله صلى الله عليه وسلم لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرئ مسلم

(قال المصنف وموجب ذلك المأثم) أقول قال الاتقانى قال قاضيخان فى فتاواه وفى ظاهر الرواية فى الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال فى الاجناس ذكر فى الشروط الكبير لابى جعفر الطحاوى انه لا قصاص فى العمود من الحديد لانه لا يجرحه انتهى وسيجىء من المصنف فى الباب الذى يليه أن الاصح رواية الطحاوى (قال المصنف لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الآية) أقول لا يقال ذلك فى المستحل كما ذكر فى الكتب الكلامية لانه لو لم يكن حراما لم يكن حال مستحله كذلك والحرام موجبه المأثم

وقوله (والقود) يعنى القصاص معطوف على قوله المأثم أى موجب القتل العمد الاثم فى الآخرة والقصاص فى الدنيا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر الآية وهو بظاهره لم يفصل بين العمد والخطا لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود أى موجبه والحديث مشهور ولان الجناية بها أى بالعمدية تتكامل وقوله (لاشرع لها دون ذلك) أى لاشرعية للعقوبة المتناهية بدون العمدية وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل وقوله (والعقوبة المتناهية الخ) حجة أخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون العمدية وذلك ظاهر وقوله (ثم هو) يعنى القود وقوله (وهذا لانه تعين مدفعا للهلاك) يعنى لان القاتل فى الامتناع من أداء الدية بعد ما استحقت نفسه قصاصا يسفه ويلقى نفسه فى التهلكة فيحجر عليه ويمنع عنه شرعا (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى ووجه التمسك به أن الله تعالى ذكر فى الخطا الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطا وهو العمد ولما تعين بالعمد لا يعدل عنه الى غيره لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأى ووجه التمسك بالسنة أن الالف واللام فى قوله العمد قود للجنس اذلا معهود ينصرف اليه ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك فمن عدل عنه الى غيره زاد على النص أثر ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله العمد قود لامال فيه الى ذلك

قال (والقود) لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك قال (الا أن يعفو الاولياء أو يصالحوا) لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولى أخذ الدية الا برضا القاتل وهو أحد قولى الشافعى الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفى قول الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفى كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب ورويناه من السنة

والا لما لزم من استحلاله الخلود فى النار (قوله والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الا أنه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أى موجبه) يعنى أن ظاهر الآية يوجب القود بالقصاص أينما يوجد القتل ولا يفصل بين العمد والخطا الا أنه تقيد بوصف العمدية بالحديث المشهور الذى تلقته الامة بالقبول وهو قوله عليه السلام العمد قود أى موجبه قود كذا فى الشروح قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان قوله عليه السلام العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على نفى ما عداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الآية لم يكن القود موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة انتهى أقول سؤاله ظاهر الورود ينبغى أن يخطر ببال كل ذى فطرة سليمة ولكن لم أر أحدا سواه حام حول ذكره وأما جوابه فمنظور فيه عندى لجواز أن يكون سئل النبى عليه السلام عن حكم العمد فقط بان كانت الحادثة قتل العمد فصار قوله عليه السلام العمد قود جوابا عن سؤالهم ففائدة ذكر لفظ العمد حينئذ تطبيق الجواب للسؤال ومع هذا الاحتمال كيف يتعين تقييد كتاب الله تعالى بالحديث المذكور تفكر (قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك) أقول جعل صاحب العناية قوله ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر حجة تامة وجعل قوله والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون ذلك حجة أخرى فقال فى تقرير الاولى وتقرير حجته أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما كان يتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل

(قال المصنف والقود) أقول بفتح الواو أى القصاص ويسمى قودا لانهم يقودون الجانى بحبل أو غيره قاله الازهرى (قوله لكنه تقيد بوصف العمدية بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث فان الاطلاق والتقييد اذا دخلا على السبب نحو أدوا صدقة الفطر عن كل حر وعبد وأدوا عن كل حر وعبد من المؤمنين لم يحمل المطلق على المقيد عندنا بل يجب العمل بكل منهما اذ لا تنافى فى الاسباب على ما فصل فى كتب الاصول فكيف يتقيد القتل المذكور فى الآية بوصف العمدية بالحديث ولعل الاولى أن يقال غير العمد من القتل قاصر فى كونه قتلا فلا يتناوله المطلق لانه ينصرف الى الكامل وموضعه الاصول أيضا (قوله والعقوبة المتناهية حجة أخرى) أقول فيه بحث (قال المصنف الا أن له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل) أقول يجوز العدول الى المال من غير مرضاة القاتل مراعاة لحق من له القصاص عندنا أيضا كما ذكره صاحب الكفاية فى مسئلة قتل المكاتب الذى لم يترك وفاء فى الباب الذى يلى هذا ولا يرد نقضا علينا لما نشير الى دفع ذلك النقض فيما سيجىء فى باب ما يوجب القصاص فى مسئلة قتل المكاتب (قال المصنف ولنا ما تلونا من الكتاب من قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى) أقول قال القاضى فى تفسيره احتجت الحنفية به على أن مقتضى العمد القود وحده وهو ضعيف اذ الواجب على التخيير يصدق عليه أنه واجب وكتب ولذلك قيل التخيير بين الواجب وغيره ليس نسخا لوجوبه انتهى والمذهب عند الحنفية أنه نسخ وموضع بيانه أصول الفقه

ووجه المعقول أن المال لا يصلح موجبا فى القتل العمد لعدم المماثلة لان الآدمى مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فانى يتماثلان بخلاف القصاص فانه يصلح موجبا للتماثل وفيه زيادة حكمة وهى مصلحة الاحياء زجرا للغير عن وقوعه فيه وجبرا للورثة فيتعين فان قيل فكيف صلح موجبا فى الخطا والفائت فيه مثل الفائت فى العمد أجاب بقوله وفى الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار فانه لما لم يمكن الاقتصاص فيه هدر الدم لو لم يجب المال والآدمى مكرم لا يجب اهدار دمه على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس والعمد ليس فى معناه حتى يلحق به وقوله (ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال) جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك وذلك لجواز أن يأخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله قيل هذا الوهم موجود فيما اذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بان فى الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم وعورض بقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا اقتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وبأن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفى صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولى (٢٤٨) وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ماذكرنا وأن القصاص لمعنى النظر للولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفى الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لا انهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا اماملكوه

ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفى الخطا وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك

وقال فى تقريرالاخرى وتقريرها القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية وذلك ظاهر انتهى أقول ليس ذلك بسديد لان صحة الحكم بان العقوبة المتناهية لا شرع لها دون العمدية موقوفة على كون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية اذ لو كانت باقية على اطلاقها لتناولت العمد وشبهه والخطا فلزم أن يكون القصاص الذى هو عقوبة كاملة مشروعا دون العمدية أيضا بمقتضى اطلاقها وكون الآية المذكورة مقيدة بوصف العمدية هو المدعى ههنا فعلى تقدير أن يكون قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك حجة أخرى يلزم المصادرة على المطلوب وأيضا يلزم حينئذ أن لا يفيد المدعى ما جعله حجة أولى لان نتيجتها على مقتضى تقريره أن العمدية كانت حكمة الزجر عليها أكمل ولا يلزم منها أن لا تتحقق حكمة الزجر فى غير العمد أصلا فيجوز أن يجب القصاص فى غير العمد أيضا زجرا عنه فلا يتم المطلوب فالصواب أن قوله والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك من تتمة ماقبله والمجموع حجة واحدة وان لفظ ذلك فى قوله لا شرع لها دون ذلك اشارة الى تكامل الجناية كما ذهب اليه كثير من الشراح أو الى توفر حكمة الزجر كما هو الاظهر والاقرب لا الى العمدية كما زعمه صاحب العناية فيفيد مجموع المقدمات أن القود الذى هو عقوبة متناهية لا يجب فى غير العمد كما لا يخفى على ذى مسكة ثم أقول بقى فى كلام المصنف ههنا شئ وهو أنه قد تقرر فى كتب الاصول أن مرجع الادلة العقلية المذكورة فى علم الفقه بأسرها الى القياس وبهذا صححوا انحصار الادلة الشرعية فى أربعة وهى الكتاب والسنة واجماع الامة والقياس فقول المصنف ههنا ولان الجناية بها تتكامل الخ راجع الى القياس وتقييد الكتاب بالقياس نسخ لاطلاق الكتاب بالقياس وهو غير جائز كما عرف فى علم الاصول فليتأمل (قوله ولا يتيقن بعدم قصد الولى بعد أخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك)

(قوله جواب عن قوله لانه تعين مدفعا للهلاك) أقول فيه أنه مدفع للهلاك الشرعى بلا شبهة وذلك يكفى لغرض الشافعى لان المراد هو كونه مدفعا شرعيا للهلاك الشرعى والقتل المستحق فان القاتل يكون محقون الدم بعده اذا قتله أحد الولى أو غيره يقتص فليتأمل (قوله وذلك لجواز أن يأخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه) أقول ضمير رضاه راجع الى الولى (قوله قيل هذا الوهم موجود فيما اذا أخذ المال صلحا ولا وقد جاز) أقول جواز الصلح عن دم العمد يثبت بالنص كما تقدم فى كتاب الصلح مع أن ماذكره كلام على السند عما لا يفيد شيأ (قوله وأجيب بأن فى الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم) أقول فيه بحث لان رضا القاتل لا يفيد ورضا الولى موجود فى محل النزاع والاولى أن يكتفى فى الجواب بقوله ان فى الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه (قوله والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ماذكرنا) أقول على أنه يجوز أن يكون المراد ثبوت الخيار عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافى رضا الآخر فى غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه الا برضا المديون كذا فى شرح الزيلعى وانما لم يلتفت الشارح لهذا الجواب لانه يرد عليه لزوم عدم تعين القصاص لموجبية العمد حيث خير الولى بين القتل وأخذ الدية غايته أن يكون أخذ الدية برضا القاتل وعدم افادته الشافعى لا يفيدنا فان مطلوبنا تعين القصاص لموجبيته تأمل (قوله فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية) أقول فيه بحث

ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطأ فكان أدعى الى ايجابها ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها

يعني لا يتيقن بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعد ما أخذ الدية لجواز أن يأخذها الولي من القاتل بدون رضاه ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي لانه تعين مدفعا للهلاك كذا في الشروح أقول للخصم أن يقول لا شك أنه يتعين مدفعا للهلاك شرعا فان القاتل يصير محقون الدم بعده حتى لو قتله الولي بعده يقتص منه وكونه مدفعا للهلاك شرعا يكفي لاخذ الدية من القاتل بدون رضاه اذ الظاهر أن القاتل لا يختار الهلاك المقرر عند تحقق الخلاص عنه شرعا بأداء المال بمجرد احتمال الهلاك عقلا بعد أداء ذلك أيضا فلو اختاره القاتل وامتنع عن أداء المال بعد ذلك سفها وإلقاء لنفسه في التهلكة فينبغي أن يحجر عليه ثم أقول لعل الاولى في الجواب عن قول الشافعي لانه تعين مدفعا للهلاك أن يقال هذا تعليل في مقابلة النص من الكتاب والسنة وهو لا يجوز كما تقرر في علم الاصول قال في العناية أخذا من النهاية قيل هذا الوهم موجود فيما اذا أخذ المال صلحا وقد جاز وأجيب بأن في الصلح المراضاة والقتل بعده ظاهر العدم انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث لان رضا القاتل لا يفيد ورضا الولي موجود في محل النزاع والاولى أن يكتفي في الجواب بقوله ان في الصلح المراضاة اذ لا مانع من الاخذ فيه بعد ما وجد رضا القاتل بخلاف ما نحن فيه انتهى أقول بحثه ساقط لان قوله لان رضا القاتل لا يفيد غير مسلم فان رضاه اذا اجتمع مع رضا الولي يفيد أمرا زائدا على رضا الولي وحده فان التصالح والتوافق من الجانبين يقطع مادة العداوة والبغض عادة وعن هذا قال الله تبارك وتعالى والصلح خير بخلاف رضا الولي وحده فان الانسان كثيرا ما يندم على فعل نفسه وحده فيرجع عنه فتم قول المجيب والقتل بعده ظاهر العدم وقد كان صاحب النهاية أشار الى ما قلنا حيث قال في بسط الجواب المذكور قلت لا كذلك لانهما لما تصالحا برضاهما على المال كان وهم قصد القتل مندفعا لان للتراضي والتصالح تأثيرا في دفع الشر قال الله تعالى والصلح خير ولما ورد الخير انتفى الشر لا محالة للتضاد بينهما انتهى ثم قال في العناية وعورض بقوله عليه السلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا اقتلوا وان أحبوا أخذوا الدية وبان الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفي صدور الاولياء بخلاف القياس فان الجماعة تقتل بواحد والقياس لا يقتضيه فكان لمعنى النظر للولي وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية والجواب أن الحديث خبر واحد فلا يعارض الكتاب والسنة المشهورة على ما ذكرنا وان القصاص لمعنى النظر للولي على وجه خاص وهو الانتقام وتشفي الصدور فانه شرع زجرا عما كان عليه أهل الجاهلية من افناء قبيلة بواحد لا انهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضي به أولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص انتهى أقول فيه نظر اذ للخصم أن يقول انما يكون ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييعا لحكمة القصاص أن لو كان ايجابه في مقابلته على وجه التعيين وأما اذا كان ذلك لا على وجه التعيين بل على وجه تخيير الولي بين أخذ المال وبين القصاص كما هو المذهب عند الخصم فلا تضييع لحكمة القصاص اذ للولي حينئذ القدرة على الانتقام وتشفي الصدور باختيار القصاص فاذا لم يختره بل اختار المال كان تاركا للانتقام باختياره فكان كما اذا عفا أو صالح في اسقاط ما قدر عليه من حقه (قوله ولنا أنه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها) قال تاج الشريعة فان قلت يشكل بكفارة قتل صيد الحرم فانه كبيرة محضة ومع هذا تجب فيه الكفارة قلت هو جناية على المحل ولهذا لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم يلزم جزاء واحد ولو كان جناية الفعل لوجب جزاآن والجناية على المحل يستوي فيه العمد والخطأ انتهى أقول في الجواب بحث أما أولا فلانه لا يدفع السؤال المذكور لان مورده مضمون الدليل المزبور وهو أن الكفارة لا تناط بما هو

وأمثاله ما رضي به أولياء المقتول فكان ايجاب المال في مقابلة القتل العمد تضييع حكمة القصاص واذا ثبت أن الاصل هو القصاص لم يجز المصير الى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الاولياء فانه تعذر الاستيفاء حينئذ أو أن يكون محل القصاص ناقصا بان تكون يد قاطع اليد أقل اصبعا وأمثال ذلك وقوله (ولا كفارة فيه عندنا) أي في القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أو لم يجب كالاب اذا قتل ابنه عمدا وعند الشافعي رحمه الله تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد أمس منها اليه في الخطأ لانها لستر الذنب والذنب في العمد أعظم (ولنا أنه كبيرة محضة) وما هو كذلك لا يكون سببا لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها ذلك وموضعه أصول الفقه

وقوله (ولان الكفارة) جواب عن قياس الشافعي وهو واضح فان قيل هب أن القياس لا يصح فليلحق دلالة لانهما مثلان فى المناط وهو الستر ولا معتبر لصفة العمدية كالمحرم اذا قتل الصيد عمدا فانه كقتله خطأ فالجواب أن المماثلة ممنوعة فان ذنب العمد مما لا يستريب العدم صلاحيته لعلتها كما مر فان قيل قد دل (٢٥٠) الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة بن الاسقع أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبير سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضى أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف قال (وشبه العمد عند أبى حنيفة الخ) اختلفوا فى تفسير هذا النوع من القتل فقال أبو حنيفة رحمه الله شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن كالعصا الصغيرة وقالا هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة اذا لم يوال فى الضربات فأما اذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما وقيل عمد محض قالا سمى هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه والا لكان عمدا واقتصاره انما يتصور فى استعمال آلة لا يقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه ولا فى استعمال آلة لا تلبث فانه لا يقصد باستعمالها الا القتل وله

ولان الكفارة من المقادير وتعينها فى الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل قال (وشبه العمد عند أبى حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجرى السلاح) وقال أبو يوسف ومحمد وهو قول الشافعى اذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما أنه يقصد بها غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود

كبيرة محضة لا أصل المدعى وهو أنه لا كفارة فى القتل العمد فاذا سلم كون قتل صيد الحرم كبيرة محضة يلزم أن يشكل الدليل المزبور به سواء كان جناية الفعل أو جناية المحل وكون الجناية على المحل يستوى فيه العمد والخطأ انما يفيد لو أورد السؤال على أصل المدعى فانه يمكن الجواب عنه حينئذ بأن ما قلناه فى جناية الفعل دون جناية المحل وقتل صيد الحرم من قبيل الثانية دون الاولى وأما ثانيا فلانه قد تقرر فى كتب أصول الفقه أن الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا فلو كان قتل صيد الحرم جناية على المحل لا جناية الفعل لزم أن لا تصلح الكفارة لكون الكفارة جزاء الفعل من كل الوجوه لا جزاء المحل أصلا (قوله ولان الكفارة من المقادير وتعينها فى الشرع لدفع الادنى لا يدل على تعينها لدفع الاعلى) هذا جواب عن قياس الشافعى وجوب الكفارة فى العمد على وجوبها فى الخطأ يعنى أن تعين الكفارة فى الشرع لدفع الذنب الادنى وهو الخطأ لا يدل على تعينها لدفع الذنب الاعلى وهو العمد فان كم من شئ يتحمل الادنى للقدرة عليه ولا يتحمل الاعلى للعجز عنه كذا فى النهاية وغيرها قال صاحب العناية فان قال الشافعى قد دل الدليل على عدم اعتبار صفة العمدية وهو حديث واثلة ابن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال أعتقوا عنه رقبة يعتق الله تعالى بكل عضو منها عضوا منه من النار وايجاب النار انما يكون بالقتل العمد قلنا لا نسلم لجواز أن يكون استوجبها بشبه العمد كالقتل بالحجر أو العصا الكبير سلمناه لكنه لا يعارض اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها فان الفاء تقتضى أن يكون المذكور كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه وهو خلف انتهى أقول للخصم أن يقول هذا مشترك الالزام اذ القصاص واجب فى القتل العمد بالاجماع فلو اقتضى الفاء أن يكون المذكور بعدها كل الجزاء لزم أن يكون القصاص أيضا مذكورا فى الجزاء مع أنه لم يذكر فيه وان حمل الجزاء المذكور فى الآية على الجزاء الاخروى فقط كما هو الظاهر من النظم الشريف وقيل القصاص جزاء دنيوى فلهذا لم يذكر بعد الفاء فليكن الامر كذلك فى شأن الكفارة ثم أقول يمكن أن يجاب عنه بوجهين أحدهما أن وجوب القصاص عرف بآية أخرى وهى قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى فان دلت اشارة قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على أن القصاص ليس من جزاء القتل العمد كالكفارة بمقتضى كون المذكور بعد الفاء كل الجزاء فقد دلت عبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى على وجوب القصاص فى القتل العمد وقد تقرر فى علم الاصول أن عبارة النص ترجح على اشارة النص عند التعارض فعملنا بعبارة قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى

(قوله قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا الخ) أقول ذكر فى الكتب الكلامية أن المراد هو المستحل لان المؤمن بارتكاب الكبيرة لا يخلد فى النار ولك أن تقول أريد بالخلود المكث الطويل والله تعالى أعلم بمراده

وله قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الالة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال (وموجب ذلك على القولين الاثم) لانه قتل وهو قاصد في الضرب (والكفارة) لشبهه بالخطا (والدية مغلظة على العاقلة)

وثانيهما أن القصاص جزاء المحل من وجه وجزاء الفعل من وجه آخر كما بين في التوضيح وغيره من كتب الاصول وأما الكفارة فجزاء الفعل من كل الوجوه على ما تقرر في كتب الاصول أيضا والظاهر من الجزاء المضاف الى الفاعل في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها هو جزاء فعله من كل الوجوه فلا يلزم أن يكون القصاص مذكورا فيه بخلاف الكفارة لو أوجبناها وقال صاحب النهاية ومعراج الدراية ههنا نقلا عن المبسوط والاسرار ولا وجه لحمل الآية على المستحل لان المذكور في الآية جزاء القتل العمد واذا حمل على المستحل كان المذكور جزاء الردة ولان زيادة الاستحلال زيادة على الشرط المنصوص فيكون نسخا وأما تأويل الخلود فعلى معنى أنه لو عامله بعدله أو على معنى تطويل المدة مجازا يقال خلد فلان في السجن اذا طالت المدة انتهى أقول ليس شيء من ذينك الدليلين المسوقين لعدم وجه حمل الآية المذكورة على المستحل بمستقيم أما الاول منهما فلان كون المذكور في هاتيك الآية جزاء قتل العمد مما لا ينافيه كونه جزاء الردة أيضا على تقدير حملها على المستحل اذ يصير المذكور فيها على ذلك التقدير جزاء القتل العمد المخصوص وهو القتل بطريق الاستحلال والعياذ بالله ولا شك أن القتل بهذا الطريق مستلزم للردة ففي الآية اذ ذاك بيان جزاء الردة التي سببها القتل المخصوص وفي التعبير في الشرط بمن يقتل مؤمنا متعمدا دون من يرتد عن دين الاسلام فائدة التنبيه على سببية قتل المؤمن بطريق الاستحلال للارتداد الذي جزاؤه جهنم على الخلود وهذا معنى لطيف لا يخفى وأما الثاني منهما فلأنه لا يلزم من حمل الآية المزبورة على المستحل زيادة الاستحلال على الشرط المنصوص بل يكون الاستحلال حينئذ مدلول نفس الشرط المنصوص بأن يكون المراد من متعمدا معنى مستحلا مجازا بقرينة ذكر الخلود في الجزاء كما أن أئمتنا حملوا متعمدا على هذا المعنى في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ترك الصلاة متعمدا فقد كفر وبأن يكون معنى من يقتل مؤمنا من يقتله لكونه مؤمنا كما ذكره العلامة التفتازاني في شرحه للعقائد فيكون مداره على قاعدة أن ترتيب الحكم على المشتق يقتضي علية المأخذ ولا شك أن قتل المؤمن لكونه مؤمنا يقتضي استحلال قتله فيحصل الدلالة على الاستحلال من نظم النص المزبور فلا يلزم النسخ أصلا والعجب من هؤلاء الاجلاء وهم أصحاب المبسوط والاسرار والنهاية ومعراج الدراية انه كيف خفي عليهم ما ذكرنا قال القاضي البيضاوي في تفسير الآية المذكورة وهو عندنا اما مخصوص بالمستحل له كما ذكره عكرمة وغيره ويؤيده أنه نزل في مقيس بن حبابة وجد أخاه هشاما قتيلا في بني النجار ولم يظهر قاتله فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يدفعوا اليه ديته فدفعوا ثم حمل على مسلم فقتله ورجع الى مكة مرتدا أو المراد بالخلود المكث الطويل فان الدلائل متظاهرة على أن عصاة المؤمنين لا يدوم عذابهم الى هنا لفظ القاضي (قوله وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطا) أقول الظاهر المتبادر من قوله لشبهه بالخطا قياس وجوب الكفارة في شبه العمد على وجوبها في الخطا أو الحاق وجوبها في شبه العمد دلالة بوجوبها في الخطا وأياما كان يرد عليه أن يقال ان تعينها لدفع الذنب الادنى في الشرع لا يعينها لدفع الذنب الاعلى كما سبق في الجواب عن قياس الشافعي وجوب الكفارة في العمد على وجوبها في الخطا اذ لا شك أن شبه العمد أيضا أعلى ذنبا من الخطا المحض فان الجاني في الاول قاصد في الضرب بخلاف الثاني وعن هذا قالوا في الاول وموجبه المأثم وفي الثاني ولا اثم فيه فالاولى في بيان وجوب الكفارة في شبه العمد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال والكفارة لانه خطأ نظرا

ابن بشير رضي الله عنه ووجه الاستدلال أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه بالصغيرة ابطال للاطلاق وهو لا يجوز ولان العصا الكبيرة والصغيرة تساويا في كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له اذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالبا واذا تساويا والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة وقوله (وموجب ذلك) أي موجب شبه العمد على القولين يعني قول أبي حنيفة وقولهما (الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب) على ما مر من تفسيره (والكفارة لشبهه بالخطا والدية مغلظة على العاقلة)

(قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا الحديث) أقول قال ابن العز الحديث حجة عليه لا له فان العصا لا يطلق الا على ما لا يقتل غالبا ولا تسمى الخشبة الكبيرة عصا بل جذعا واسطوانة ونحوهما وعملها فوق عمل العصا فلا يلحق به انتهى وجوابه أن العصا الكبيرة اذا ضرب بها عمد عندهما

(قال المصنف والكفارة لشبهه بالخطا) أقول وفيه أن تعينه الدفع الادنى لا يعينها الدفع الاعلى كما سبق آنفا

(والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة) احترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية وعن قتل الوالد ولده عمدا وعن اقرار القاتل بالقتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان فى هذه الصورة تجب الدية على القاتل فى ماله وقوله (لقضية عمر رضى الله عنه) يعنى (٢٥٢) ماروى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين والمروى عنه كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه مما لا يعرف بالرأى وقوله (فالحجة عليه ماأسلفناه) قيل أراد قوله صلى الله عليه وسلم الا أن قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا الحديث ولكن المعهود من المصنف رحمه الله فى مثله أن يقول ماروينا والحق أن يقال انما قال أسلفنا نظرا الى الحديث والمعنى المعقول قال (والخطأ على نوعين) انما انحصر الخطأ فى نوعين لان الرمى الى شئ مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد والجارحة وهو الرمى فان اتصل الخطأ بالاول فهو الاول وان اتصل بالثانى فهو الثانى وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله عنه

والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطا وتجب فى ثلاث سنين لقضية عمر بن الخطاب رضى الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى (ويتعلق به حرمان الميراث) لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر فى سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك وان أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ماأسلفناه قال (والخطأ على نوعين خطأ فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهى على عاقلته فى ثلاث سنين لما بيناه .

الى الآية فدخل تحت قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية انتهى (قوله والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطا) أقول مدلول قوله اعتبارا بالخطا أن يكون الاصل فى وجوب الدية على العاقلة هو الخطأ وأن يكون وجوبها عليهم فى شبه العمد ثابتا بالقياس على الخطا وليس ذلك بواضح اذ المصنف قال فى أوائل كتاب المعاقل والاصل فى وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام فى حديث حمل بن مالك رضى الله عنه للاولياء قوموا فدوه انتهى وقد كانت الجناية فى حديث حمل بن مالك شبه عمد لا خطأ فان تفصيله على ماذكره الشراح قاطبة فى فصل الجنين من كتاب الديات أنه روى عن حمل بن مالك قال كنت بين ضرتين فضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندى من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ودم مثله يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفى رواية دعنى وأراجيز العرب قوموا فدوه وهكذا ذكر فى المبسوط أيضا ولا ريب أن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على العاقلة على ماذكروا فى تفصيل ذلك فى الحديث انما كان بجناية شبه العمد دون الخطا فكان وجوب الدية على العاقلة فى شبه العمد ثابتا بالنص دون القياس وكان الاصل فى هذا الحكم هو شبه العمد لا الخطأ فتأمل (قوله ومالك رحمه الله تعالى وان أنكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ماأسلفناه) قال جمهور الشراح أراد به قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك ولكن المعهود من المصنف فى مثله أن يقول مارويناه وقال والحق أن يقال انما قال أسلفناه نظرا الى الحديث والمعنى المعقول انتهى أقول فيه كلام وهو أن حاصل المعنى المعقول على ماقرره صاحب العناية فيما قبل قياس العصا الكبيرة على العصا الصغيرة فى كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له ومالك منكر كون القتل بالعصا الصغيرة أيضا شبه عمد فانه قال لا أدرى ماشبه العمد وانما القتل نوعان عمد وخطأ اذ لا واسطة بينهما فى سائر الافعال فكذا فى هذا الفعل فكيف يكون المعنى المعقول المذكور حجة عليه (قوله والخطأ على نوعين خطأ فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا) أقول فى عبارة الكتاب ههنا تسامح فانه قال فى تفسير الخطا فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا الخ وقال فى تفسير الخطا فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا يخفى أن كل واحد من نوعى الخطا غير منحصر عما ذكره فى تفسيره بل الذى ذكره فى تفسير كل واحد منهما جزئى من جزئياته فكان أخص منه جدا فلم يصلح لان يكون تفسيرا له فكان الظاهر أن يقال فى كل واحد منهما وهو نحو أن يرمى أو هو كأن يرمى اشارة الى العموم كما تداركه صاحب الوقاية حيث قال وفى الخطا قصدا

(قال المصنف والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطا) أقول الاصل فى وجوب الدية على العاقلة حديث حمل بن مالك على ماسيأتى فى المعاقل والقتل فيه كان شبه عمد وفى معراج الدراية روى الطحاوى عن مغيرة بن شعبة أن امرأتين ضربت احداهما الاخرى بعمود فسطاط فقضى عليه الصلاة والسلام عليها بالدية على عصبة القاتلة متفق عليه وهو حديث حمل بن مالك فى الغرة كما يجىء انتهى فكيف يقاس بالخطا (قوله وقد كان قتله عمدا) أقول بأن ظهر ذلك بعد أخذ الدية مثلا (قال المصنف والشبهة تؤثر فى ثبوت القصاص دون حرمان الميراث) أقول صرح المصنف فى آخر الكتاب أن القصاص يجوز أن يثبت مع الشبهة فلا بد من التلفيق

(ولا

ولا اثم فيه فى الوجهين) أى النوعين لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن أمتى الخطأ الحديث وقوله (ويحرم عن الميراث لان فيه اثما) بدليل وجوب الكفارة والحرمان يجب بأنواع القتل فيما هو جناية قيل على المورث تضمنت تهمة الاستعجال على الميراث وهذا كذلك لاحتمال أنه قصده الا أنه أظهر الخطأ من نفسه وقد ذكرنا ذلك فى شرح الرسالة ومختصر الضوء فى الفرائض مستوفى بتأييد الله تعالى وقوله (بخلاف ما اذا تعمد) متصل بقوله وموجب ذلك الكفارة والدية وصورة ذلك رجل تعمد أن يضرب يد رجل فأخطأ فأصاب عنقه فقتله فهو عمد فيه القود ولو أراد يد رجل فأصاب عنق غيره وأبانه فهو خطأ وما أجرى مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله لان النائم لا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطا الا انه كالخطا فى الاحكام لان المقتول مات بثقله فكانه مات بفعله وقوله (لان الشرع أنزله قاتلا) يعنى فى حق الضمان فكذا فى الكفارة والحرمان ولنا أن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم منه حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما ألحق به فى حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى فى حق غيره على الاصل فان قيل الحافر فى غير ملكه يأثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم فى الخطا أجاب بقوله (وهو وان كان يأثم بالحفر فى غير ملكه) أى الاثم الحاصل بالقتل يصح تعليق الحرمان به وما ذكرتم ليس كذلك فان اثمه اثم الحفر لا الموت وقوله (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) يعنى ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة) فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه وأما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة

(ولا اثم فيه) يعنى فى الوجهين قالوا المراد اثم القتل فأما فى نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى (ويحرم عن الميراث) لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فأصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال (وما أجرى مجرى الخطا مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطا فى الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه وموجبه اذا تلف فيه ادمى الدية على العاقلة) لانه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل موقعا دافعا فوجبت الدية (ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث) وقال الشافعى يلحق بالخطا فى أحكامه لان الشرع أنزله قاتلا ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به فى حق الضمان فبقى فى حق غيره على الاصل وهو وان كان يأثم بالحفر فى غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه (وما يكون شبه عمد فى النفس فهو عمد فيما سواها) لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

كرميه مسلما ظنه صيدا أو حربيا وفعلا كرميه غرضا فأصاب آدميا انتهى ثم ان صدر الشريعة قال فى شرح الوقاية الخطأ ضربان خطأ فى القصد وخطأ فى الفعل فالخطأ فى الفعل أن يقصد فعلا فصدر منه فعل آخر كما اذا رمى الغرض فأخطأ وأصاب غيره والخطأ فى القصد أن لا يكون الخطأ فى الفعل وانما يكون الخطأ فى قصده فانه قصد بهذا الفعل حربيا لكن أخطأ فى ذلك القصد حيث لم يكن ما قصده انتهى ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال من قال الخطأ فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر فعل آخر فكانه زعم أنه شرط فى الخطا فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل يصدر عنه فعل آخر وليس كذلك فانه اذا رمى غرضا فأصابه ثم رجع عنه أو تجاوز عنه الى ما وراءه فأصاب رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل والشرط المذكور مفقود فى الصورتين ثم انه أخطأ من وجه آخر حيث اعتبر القصد فيه وذلك غير لازم فانه اذا سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا يتحقق الخطأ فى الفعل ولا قصد فيه انتهى أقول كل من وجهى رده ساقط جدا أما الاول فلان صدر الشريعة لم يشترط فى الخطا فى الفعل أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده بل قال فالخطأ فى الفعل أن يقصد فعلا فصدر عنه فعل آخر وهذا أعم من أن يصدر عنه الفعل الذى قصده كما صدر عنه فعل آخر ومن أن لا يصدر عنه الفعل الذى قصده مثال الاول ما ذكره الراد من الصورتين ومثال الثانى وهو الاكثر وقوعا ما ذكره صدر الشريعة بقوله كما اذا رمى الغرض فأخطأ بل يجوز أن يكون قوله كما اذا رمى الغرض فأخطأ عاما كصورتى صدور ما قصده أيضا وعدم صدوره كما لا يخفى على ذى فطانة وأما الثانى فلان تحقق الخطا فى الفعل فى صورة ان سقط من يده خشبة أو لبنة فقتل رجلا ممنوع بل المتحقق هنالك ما أجرى مجرى الخطا كالنائم ينقلب على رجل فيقتله لا نفس الخطا اذ لا بد فيه من صدور فعل عنه باختياره وفى صورة ان سقط من يده شئ فقتل رجلا لم يصدر عنه فعل باختياره بل وقع السقوط بفعله لا باختيار فصار لا محالة من قبيل ما أجرى مجرى الخطا والكلام هنا فى نفس الخطا لا فيما أجرى مجرى الخطا فانه قسم آخر من الاقسام الخمسة للجناية سيأتى ذكره مستقلا فيما بعد (قوله ولا اثم فيه يعنى فى الوجهين) أقول كان الاولى للمصنف أن يقول يعنى فى كل واحد من الوجهين اذ يحصل حينئذ اصلاح افراد الضمير أيضا

(قال المصنف لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به) أقول الاظهر أن يقول لانه قاتل والا فمجرد وجود الاثم لا يوجد الحرمان فلا بد من نوع تكلف يعرف من الكفاية

لما فرغ من بيان أقسام القتل وكان من جملتها العمد وهو قد يوجب القصاص وقد لا يوجبه احتاج الى تفصيل ذلك في باب على حدة قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد الخ) هذه ضابطة كلية لمعرفة من يجب له القصاص وحقن الدم منعه أن يسفك وقوله (على التأبيد) احتراز عن المستأمن فان في دمه شبهة الاباحة بالعود الى دار الحرب المزيلة للمساواة المنبئ عنها القصاص ولا بد من صفة العمدية لما بينا من قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل وفيه بحث من أوجه الاول ان العفو مندوب اليه وذلك ينافي وصف القصاص بالوجوب الثاني ان حقن الدم على التأبيد غير متصور لان أنهى ما يتصور منه ان يكون للمسلم في دار الاسلام وهو يزول بالارتداد والعياذ بالله تعالى الثالث انها منقوضة بمسلم قتل ابنه المسلم فانها موجودة فيه ولا قصاص الرابع ان قيد التأبيد لثبوت المساواة واذا قتل المستأمن مسلما وجب القصاص ولا مساواة بينهما والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو وعن الثاني ان المراد بالحقن على التأبيد ما هو بحسب الاصل والارتداد عارض لا معتبر به ورجوع الحربي الى داره أصل لا عارض وعن الثالث بان القصاص ثابت لكنه انقلب مالا لشبهة الابوة وعن الرابع بان التفاوت الى نقصان غير مانع عن الاستيفاء بخلاف العكس وقوله للعمومات يريد به مثل قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود وذكر قول الشافعي رحمه الله ووجهه وهو واضح

﴿باب مايوجب القصاص ومالايوجبه﴾

قال (القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا) أما العمدية فلما بيناه وأما حقن الدم على التأبيد فلتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال (ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد) للعمومات وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما يستويان وبخلاف العبد حيث

﴿باب مايوجب القصاص ومالايوجبه﴾

لما فرغ من بيان أنواع القتل شرع في تفصيل ما يوجب القصاص من القتل وما لا يوجبه في باب على حدة (قوله أما العمدية فلما بيناه) من قوله عليه السلام العمد قود ومن ان الجناية بها تتكامل كذا في العناية وغاية البيان وقال بعض الفضلاء ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا اهـ أقول فيه نظر لان قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى انما يدل على وجوب القصاص في القتل وأما كون وجوب القصاص في القتل العمد خاصة فلا تدل عليه الآية المذكورة وحدها لاطلاقها وانما يدل عليه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام العمد قود والدليل المعقول كما أفصح عنه المصنف فيما قبل حيث قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقال الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود أي موجبه ولأن الجناية بها

تتكامل

﴿باب مايوجب القصاص ومالايوجبه﴾

(قوله لما بينا من قوله عليه الصلاة والسلام) أقول ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى على ما مر في وجه كون موجب القتل القود عينا (قوله والجواب عن الاول أن المراد بالوجوب ثبوت حق الاستيفاء ولا منافاة بينه وبين العفو) أقول لا يخفى أن ما ذكره مجازي لا ينبغي ارتكابه الا لضرورة ولا ضرورة اذ يجوز أن يقال انه واجب على الائمة لا يحل لهم أن يتركوه اذا أراد ولي الدم الاستيفاء أو يقال هو واجب على القاتل اذا لم يسلم نفسه عند مطالبة الولي بالقصاص يأثم وقد فسر بهذين الوجهين قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص الآية (قوله ما هو بحسب الاصل) أقول الاصل ههنا بمعنى الكثير الراجح كما لا يخفى (قوله لكنه انقلب مالا لشبهة الأبوة) أقول الظاهر أن يقال لحرمة الأبوة ومراد الشارح للشبهة الناشئة من الأبوة في درء القصاص وهي شبهة الاباحة الثابتة بقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لأبيك

وقوله (وهي) أي العصمة (بالدين) يعني عنده (أو بالدار) يعني عندنا (و) العبد والحر (يستويان فيهما) فيجري القصاص بينهما فان قال جاز ان تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره أجاب بقوله (وجريان القصاص) ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك وقوله (والنص تخصيص بالذكر) جواب عما استدل به من المقابلة في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ماعداه كما في قوله والانثى بالانثى فانه لا ينفي الذكر بالانثى ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك أن ابن عباس رضي الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعي احداهما فضلا على الاخرى (٢٥٥) اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فانزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم ولم يذكر الجواب عن الاطراف وقد أجيب بان القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما في ذلك لان الرق ثابت في أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمدها في العصمة وقد تساويا فيها على ما مر قال (والمسلم والذمي فيه سواء) اختلف العلماء رحمهم الله في ثبوت اقتصاص المسلم بالذمي فذهب عامة العلماء الى عدمه وذهب أبو حنيفة وأصحابه رضي الله عنهم الى ثبوته وهو مذهب النخعي والشعبي استدل الاولون بما روى أبو جحيفة قال سألت عليا رضي الله عنه هل عندك من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن قال لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة الا أن يعطى فهما في كتابه وما في الصحيفة قلت وما في الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر وبان القصاص يعتمد المساواة في وقت الجناية ولا مساواة بينهما فيه وانما قيد بوقت الجناية لان القاتل اذا كان ذميا وقت القتل ثم أسلم فانه يقتص منه بالاجماع وبان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أي فتنة الكفر فيورث

يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ماعداه قال (والمسلم بالذمي) خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه

تتكامل الخ فكيف يتصور أن يندرج قوله تعالى كتب عليكم الخ في قول المصنف ههنا أما العمدية فلما بيناه كما يقتضيه قول ذلك البعض ومن قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى تبصر (قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام فان قال الشافعي جاز أن تكون شبهة الاباحة مانعة وهي ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثره أجاب بقوله وجريان القصاص ومعناه لا يصلح ذلك مانعا اذ لو صلح لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين وليس كذلك اهـ أقول هذا الشرح لا يطابق المشروح لان حاصله منع مانعية شبهة الاباحة عن القصاص وحاصل المشروح منع ثبوت شبهة الاباحة في العبد ومن النص فيه قول المصنف يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة فالصواب في الشرح ان يقال ومعناه ان شبهة الاباحة غير ثابتة في العبد والا لما جرى بين العبدين كما لا يجري بين المستأمنين (قوله والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ماعداه) هذا جواب عما استدل به الخصم من مقابلة الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد في الآية ووجهه ان ذلك تخصيص بالذكر وهو لا ينفي ماعداه كما في قوله تعالى والانثى بالانثى فانه لا ينفي ان يقتل الانثى بالذكر ولا العكس بالاجماع وفائدة التخصيص الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول كما يدل عليه سبب نزول هذه الآية وهو ماروى عن ابن عباس ان قبيلتين من العرب اقتتلتا وكانت احداهما تدعي الفضل على الاخرى فقالت لا نرضى الا بقتل الذكر منهم بالانثى منا والحر منهم بالعبد منا فأنزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم كذا في الشروح أقول لقائل ان يقول ان التخصيص بالذكر وان لم يدل على نفي ماعداه الا أن تعريف المسند اليه بلام الجنس يفيد القصر نحو الكرم التقوى أي لا غيرها والامير الشجاع أي لا الجبان ونحو التوكل على الله والامام من قريش الى غير ذلك من الامثلة كما عرف في علم الادب وقد استدل الائمة الحنفية على ان موجب القتل العمد هو القود عينا لا واحد من القود والدية لا بعينه بقوله عليه السلام العمد قود وقالوا وجه التمسك به أن الالف واللام في قوله العمد للجنس فتفيد القصر على القود فليكن الامر كذلك فيما نحن فيه والجواب ان اللام انما يجوز حملها على الجنس اذا لم يكن هناك معهود كما عرف في علم الادب وعلم الاصول أيضا وفي الآية المذكورة تحقق المعهود وهو ماذكر في سبب نزولها فحمل اللام عليه دون الجنس فلم يوجد فيها ما يقتضي القصر وقد أشار اليه في الكافي

(قوله وقد أجيب بأن القصاص في الاطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان) أقول يعني لا يكفي فيها المساواة في العصمة بل لا بد من المساواة في الجزء المبان في كونه معيبا وسلامته من العيب فطرف العبد معيب بخلاف طرف الحر

لامساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ماروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمى ولان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء

حيث قال بعد ذكر فائدة المقابلة بيان سبب النزول فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس (قوله وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل ان الكفر مبيح لدمه لقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أى فتنة الكفر فيورث شبهة عدم المساواة اهـ أقول قد حمل الشبهة المذكورة فى الكتاب هنا على شبهة المساواة وهو خبط ظاهر أما أولا فلأن المصنف قد صرح قبيل هذا بعدم المساواة بينهما على طريق الجزم حيث قال لانه لامساواة بينهما وقت الجناية فكيف يتم ان يقول بعده كون الكفر مبيحا يورث شبهة عدم المساواة و يجعله استدلالا آخر فهلا يكون هذا منافيا لما سبق أو مستدركا وأما ثانيا فلأنه سيقول فى الجواب من قبلنا عن هذا الاستدلال والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة وذلك قطعى الدلالة على ان ليس المراد بالشبهة المذكورة هنا شبهة عدم المساواة اذ لاشك ان قتل الذمى بمثله لا يؤذن بانتفاء شبهة عدم المساواة بين المسلم والذمى وانما يؤذن بانتفاء شبهة عدم الاباحة فى دم الذمى فالصواب أن المراد بالشبهة هنا شبهة الاباحة كما هو مقتضى تفريع قوله فيورث الشبهة على قوله وكذا الكفر مبيح وقد صرح بذلك فى المسئلة السابقة فحينئذ ينتظم السباق واللحاق بلا غبار كما لايخفى (قوله ولان المساواة فى العصمة ثابتة نظرا الى التكليف أو الدار) قال صاحب العناية فى حل هذا التعليل ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف يعنى عنده أو الدار يعنى عندنا اهـ أقول وزع الشارح المذكور قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار الى المذهبين كما ترى فحمل قوله الى التكليف على مذهب الشافعى وقوله أو الدار على مذهبنا لكنه محل نظر لان المصنف لما قال فى تعليل المسئلة السابقة ولنا ان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى بالدين أو بالدار قال الشارح المذكور وسائر الشراح أيضا هناك وهى أى العصمة بالدين يعنى عنده أو بالدار يعنى عندنا فقد حملوا قول المصنف بالدين على مذهب الشافعى واذا كان المعتبر فى ثبوت العصمة عند الشافعى هو الدين فكيف يتم القول ههنا بثبوتها عنده بمجرد التكليف بدون تحقق دين الاسلام كما يقتضيه شرح صاحب العناية فى هذا المحل ثم أقول لعل كلمة أو فى قول المصنف نظرا الى التكليف أو الدار بمعنى الواو كما فى قوله

سيان كسر رغيفه * أو كسر عظم من عظامه

فيكون المجموع على مذهبنا ويؤيده ماوقع فى بعض النسخ من كلمة الواو بدل كلمة أو وعبارة الكافى والتبيين أيضا فان المذكور فيهما فى هذا المقام ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف اهـ فان قلت لم تحمل المجموع على مذهبنا مع ابقاء كلمة أو على أصل معناها قلت لان التكليف وحده لايقتضى العصمة الموجبة للقصاص ألا يرى انه اذا قتل مكلف ولو كان مسلما فى دار الحرب لايجب القصاص صرح به فى عامة المعتبرات فلابد من أن يكون فى دار الاسلام

جلالا بأعمارى وردبان مداره على ابن السلمانى وهو ضعيف قال صالح بن محمد الحافظ رحمه الله ابن السلمانى حديثه منكر روى عنه ربيعة أن النبى صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد وهو مرسل منكر وقال الدارقطنى ابن السلمانى لايقوم به حجة اذا وصل فكيف اذا أرسل والجواب ان الطعن بالارسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول وقد عرف فى الاصول (ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف) يعنى عنده (أو الدار) يعنى عندنا فيثبت وقوله (والمبيح كفر المحارب) جواب عن قوله وكذا الكفر مبيح وتقريره أنا لانسلم ان مطلق الكفر مبيح بل المبيح كفر المحارب قال الله تعالى قاتلوا الذين لايؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية وقوله والقتل بمثله لدفع قوله فيورث الشبهة أى قتل الذمى بالذمى دليل على أن كفر الذمى لايورث الشبهة اذ لو أورثها لما جرى القصاص بينهما كما لايجرى بين الحربيين فان قيل يورث الشبهة اذا قتله مسلم

(قوله ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى ثابتة نظرا الى التكليف يعنى عنده أو الدار يعنى عندنا) أقول ولهذا يقتل الذمى بالذمى

قلنافيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص وقوله (والمراد بما روى) جواب عما استدلوا به من حديث على رضى الله عنه وتقريره ماذكره الطحاوى رحمه الله فى شرح الآثار ان الذى حكاه أبو جحيفة عن على رضى الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن موصولا بغيره وهو قوله ولاذوعهد فى عهده واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله (لسياقه ولاذوعهد فى عهده) ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما فى نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذوعهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولاذوعهد فى عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذى لا يقتل به ذوعهد هو الحربى بالاجماع فيقدر بكافر حربى واذا لابد من تقدير حربى يقدر فى المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك أعم والاعم لادلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون دليلا هذا خلف باطل فان قيل فما كيفية قتل المسلم بالحربى حتى صح نفيه وقتلهم واجب فالجواب من جهتين أحدهما المسلم دخل دارهم بأمان فقتل كافرا حربيا فهو حرام لكن لا يقتص منه والثانى ان يقتل من لا يحل قتله من أهل الحرب كالنساء والصبيان وهذه المسئلة من معارك الآراء لاطائل تحت تطويلها فلنقتصر على ماذكرنا وقوله (ولا يقتل) يعنى المسلم (بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد) كما تقدم فى أول الباب (ولان كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع) الى داره فكان كالحربى

الشبهة والمراد بما روى الحربى لسياقه ولاذوعهد فى عهده والعطف للمغايرة قال (ولا يقتل بالمستأمن) لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذلك كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع

الاسلام أيضا (قوله والمراد بما روى الحربى لسياقه ولاذوعهد فى عهده والعطف للمغايرة) يعنى ان المراد بالكافر فى قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربى بدليل سياقه وهو قوله ولاذوعهد فى عهده فانه معطوف على مؤمن فالمعنى ولا يقتل ذوعهد بكافر ولاشك ان ذا العهد وهو الذمى انما لا يقتل بالحربى دون الذمى فان جريان القصاص بين الذميين مجمع عليه فان قيل لم لا يجوز ان يكون المراد بذى العهد فى الحديث هو المسلم دون الذمى قلنا لان العطف يقتضى المغايرة فلا جرم يكون المراد بذى العهد المعطوف على المؤمن غير المسلم وقد أشار اليه المصنف بقوله والعطف للمغايرة فان قيل ولم لا يجوز ان يكون قوله ولاذوعهد فى عهده ابتداء كلام أى لا يقتل ذوعهد فى مدة عهده قلنا لان الواو للعطف حقيقة خصوصا فيما لا يكون مستقلا بنفسه والمراد بالاول نفى القتل قصاصا لا نفى مطلق القتل فكذا فى الثانى تحقيقا لمقتضى العطف من المناسبة بين الجملتين هذا جملة ما فى الكافى وأكثر الشروح فى هذا المقام أخذا من المبسوط والاسرار وقال صاحب العناية فى شرح هذا المحل قوله والمراد بما روى جواب عما استدلوا به من حديث على رضى الله عنه وتقريره ماذكره الطحاوى فى شرح الآثار أن الذى حكاه أبو جحيفة عن على لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا ولكن كان موصولا بغيره وهو قوله ولاذوعهد فى عهده واليه أشار المصنف بقوله لسياقه ولاذوعهد فى عهده ووجه ذلك انه عطف هذا على الاول والعطف للمغايرة فيكون كلاما تاما فى نفسه وليس كذلك لادائه الى ان لا يقتل ذوعهد مدة عهده وان قتل مسلما وليس بصحيح بالاجماع فيقدر ولاذوعهد فى عهده بكافر على طريقة قوله تعالى امن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون ثم الكافر الذى لا يقتل به ذوعهد هو الحربى بالاجماع فيقدر بكافر حربى واذا لابد من تقدير حربى يقدر فى المعطوف عليه كذلك والا لكان ذلك أعم والاعم لادلالة له على الاخص بوجه من الوجوه فما فرضناه دليلا لا يكون

(قوله قلنا فيكون قبل قتله المسلم معصوما كالمسلم فيجب القصاص) أقول لم لا يجوز أن يقال يجوز أن يكون قبل قتله المسلم معصوما نظرا الى مثله وغير معصوم بالنسبة الى المسلم الا أن يقال العصمة لا تتجزى (قوله والعطف للمغايرة) أقول قال الاتقانى وانا فى هذا الكلام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله ولاذوعهد على كافر لانه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذمى يقتل بالذمى بالاتفاق فعلم أن المراد بالكافر الحربى لا الذمى اهـ فيه بحث وفى الكفاية فان قيل جاز أن يراد بذى العهد المسلم قلنا العطف يقتضى المغايرة اهـ وبهذا يخرج الجواب عما ذكره الاتقانى فليتأمل (قوله فيقدر ولاذوعهد فى عهده بكافر على طريقة قوله تعالى آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون) أقول له ان يقول هذا مثل قوله عليه الصلاة والسلام من قتل معاهدا لم يرح رائحة الجنة فكان الوعيد فيه لمن قتله بغير حق فكذا النهى فى هذا الحديث عن قتله بغير حق وله نظائر (قوله والا لكان ذلك أعم) أقول أى الكافر الذى فى المعطوف عليه أعم من الحربى (قوله فما فرضناه دليلا) أقول أى على التقدير (قوله لا يكون دليلا هذا خلف باطل) أقول المقدر فى الثانى لفظ كافر كما فى الأول فيصلح الاول قرينة على تقدير الثانى وتقييده بالحربى بدليل آخر فتدبر

(ولا يقتل الذمي بالمستأمن) لما بينا (ويقتل المستأمن بالمستأمن) قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام المبيح (ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون) للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور التقاتل

(ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا) انه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل هو اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم ولاذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرناذلك بكافر حربي الااذا أريد هناك بالحربي أعم من أن يكون مستأمنا أو محاربا وهوالحق ويغنيناعن السؤال عن كيفية قتل المسلم الحربي والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المذكور ليس بمروي وانما هو تأويل فلم يقل لما روينا وقوله (للعمومات) يعني الآيات الدالة بعمومها على وجوب القصاص وقد ذكرناها وقوله (ولان في اعتبار التفاوت الخ) يصلح لجميع ماخالفنا فيه الشافعي رحمه الله

(قوله لان التقدير المذكور ليس بمروي) أقول يعني غير مذكور على قصد الرواية بل لتتميم الدليل.

دليلا هذا خلاف الى هنالفظ العناية أقول فيه خلل من وجوه الاول ان الاعم انما لا يدل على الاخص بوجه من الوجوه من حيث خصوصية الاخص أي لا يدل الاعم على أن يكون المراد منه هو الاخص وحده وهذا معنى ما يقال في العلوم العقلية لادلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات الثلاث وأما من حيث اندراج الاخص تحت ذلك الاعم فيدل عليه قطعا بواسطة دلالته على معناه العام الشامل لذلك الاخص ولغيره أيضا ألا يرى أنا اذا قلنا كل حيوان متحرك بالارادة فلا شك انه يدل على كون الانسان متحركا بالارادة كسائر الحيوانات لاندراجه تحت الحيوان وكذا حال سائر الكليات بالنظر الى ما تحتها من الجزئيات وهذا أمر لاسترة به ففيما نحن فيه لو لم يقدر حربي في المعطوف عليه وكان كافر أعم من الحربي والذمي لدل على أن لا يقتل مؤمن بشئ من أفراد الكافر وحصل مطلوب الشافعي ولم يلزم أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلاله على مدعاه كمازعمه الشارح المزبور والثاني ان عدم كون مافرضناه دليلا للشافعي دليلاله لا يقتضي تقدير شئ في الحديث اذلا يتبع تعين معنى الحديث جعل الشافعي ذلك الحديث دليلا على مدعاه بل جعله دليلا عليه انما يصح بعد تعين معناه فما معنى الاستدلال على عدم عموم الكافر في الحديث بلزوم ان لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلاله على تقدير عمومه كما هو مقتضى تقرير الشارح المزبور والثالث ان ماعده محذورا وهو ان لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلاله لازم أيضا على تقدير ان يقدر حربي في المعطوف عليه بمقتضى رأيه لان الحربي مباين للذمي لامحالة وعدم دلالة أحد المتباينين على الآخر أظهر من عدم دلالة الاعم على الاخص فان لزم من أن يكون كافر في الحديث أعم أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلاله فلأن لزم من أن يقيد كافر في الحديث بحربي أن لا يكون مافرضناه دليلا للشافعي دليلاله أولى فكيف يثبت تقدير حربي على رأيه وبالجملة قد خرج الشارح المزبور في توجيه الحديث المذكور عن سنن الصواب بالكلية فضل عن سبيله ثم ان صاحب الغاية اعترض على قول المصنف والعطف للمغايرة حيث قال ولنا في هذا المقام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم يعطف قوله عليه السلام ولاذو عهد على كافر لانه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على مؤمن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم أن المراد من الكافر الحربي اهـ أقول نظره في غاية السقوط لان قول المصنف والعطف للمغايرة ليس لبيان مغايرة ذو عهد في الحديث لكافر حتى يتجه ماتوهمه من أن قوله عليه السلام ولاذو عهد لم يعطف على كافر بل لبيان مغايرته لمؤمن دفعا لاحتمال أن يكون المراد بذو عهد في الحديث هو المؤمن أيضا اذعلى هذا الاحتمال لا يظهر كون المراد بكافر هو الحربي اذ المؤمن لا يقتل بذمي أيضا عند الشافعي فلا يسلم التقييد بحربي وأما اذا كان ذو عهد مغاير المؤمن فكان المراد به هو الذمي يتعين أن يكون المراد بكافر هو الحربي والا يلزم أن لا يقتل الذمي بالذمي أيضا مع ان خلافه مجمع عليه والعجب أن كون مقصود المصنف من قوله والعطف للمغايرة ماذكرناه مع وضوحه في نفسه يرشد اليه بعد اتقرير صاحب الكافي وبعض الشراح المتقدمين فكيف لم يطلع عليه ذلك الشارح (قوله ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا) قال جماعة من الشراح وهو قوله ولاذو عهد في عهده وحمله صاحب العناية على قوله لانه ليس محقون الدم على التأبيد ولم يقبل رأي هؤلاء الشراح حيث قال ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا أنه ليس محقون الدم على التأبيد وقيل هو اشارة الى قوله عليه السلام ولاذو عهد في عهده وليس بواضح لان المعهود منه في مثله لما روينا ولانا قدرنا

ذلك

والتفانى قال (ولا يقتـل الرجـل بابنه) لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده وهو باطـلاقه حجة على مالك رحمه الله فى قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده فى صف الاعداء مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه

ذلك بكافـر حربى الا اذا أريد هنالك بالحربى أعم من أن يكون مسـتأمنا أو محاربا وهو الحق ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتـل المسلم بالحربى والجواب عنه وعبر بقوله لما بينا لان التقدير المـذكور ليس بمروى وانما هو تأويل فلم يقل لما روينا الى هنا كلامه أقول فى قوله ويغنينا عن السؤال عن كيفية قتـل المسـلم بالحربى والجواب عنـه نظر لانه اذا أريد هنالك بالحربى ما هو أعم مـن المسـتأمن والمحارب يرد السؤال عن كيفيـة قتـل المسلم بالمحارب فان قتل المحارب واجب فما معنى نفيه فى الحديث فيحتاج الى الجواب عنه بالوجهـين اللذين ذكرهما من قبل وانما يحصل الغنى عن السؤال والجواب اذا كان المراد بالحربى هنالك هو المسـتأمن فقط كما هو الاحسن وجزم به صاحب البـدائع حيث قال وأما الحـديث فالمراد من الكافر المسـتأمن لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهـد فى عهده عطف قوله ولا ذو عهـد فى عهـده على المسـلم فكان معناه لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول اهـ (قوله ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده) قال تاج الشريعة قلت خص به عموم الكتاب لانه لحقه الخصوص فان المولى لا يقتص بعبـده ولا بعبد ولده وذكر الامام البزدوى أن هذا حديث مشهور تلقته الامة بالقبول فصلح مخصصا أو ناسخا حكم الكتاب اهـ أقول الحق ما ذكره الامام الـبزدوى لا ما قاله تاج الشريعة من عند نفسه لان حاصل ما قاله ان الكتاب فى حكم القصاص صار مما خص منه البعض بعدم اقتصاص المولى بعبـده ولا بعبد ولده فصار ظنيا فجاز تخصيص قتـل الوالد ولده من عموم الكتاب الدال على وجوب القصاص فى القتلى بالسـنة ولو كانت من أخبار الآحاد ولكنه غـير تام اذ قد تقرر فى الاصول ان العام الذى خص منـه البعض انما يصير ظنيا اذا كان تخصيصه بكلام مسـتقل موصول به وأما اذا كان البعض من العام مخـرجا بدليل مفصول عنه فيكون عمومـه منسوخا لا مخصوصا ويصير قطعيا فى الباقى ولا شـك ان ما يخرج قتل المولى عبده أو عبد ولده عن آية القصاص ليس كلاما موصولا بها فلا ينافى قطعيتها فلا يجوز اخراج قتل الوالد ولده عنها بخبر واحد بل لا أقل من أن يكون المخرج حديثا مشهورا كما عـرف فى أصول الفقه فلا بد من المصير هنـا الى ما ذكره الامام البزدوى (قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفـه وارثه) قال الشراح هـذا جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه وقال صاحب العناية بعد ذلك ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه لاستغنى عن هذا السؤال والجواب اهـ أقول فيه بحث اذ لا يرى جهة سببية المقتول لفناء القـاتل سوى استحقاقه القصاص فلو قال فمن المحال ان يتسبب لفنائه فأما ان أراد بتسببه لفنائه استحقاقه القصاص فيرد عليـه السـؤال المزبور ويحتاج الى الجواب المذكور وأما ان أراد به اشيا سوى استحقاقه القصاص وهو غير معلوم فكيف

قال (ولا يقتل الرجل بابنه الخ) لا يقتل الانسان بولده لقوله صلى الله عليه وسـلم لا يقاد الوالد بولده وهو معلول بكونه سببا لاحيائه وهو وصف معلل ظهر أثره فى جنس الحـكم المعلل به فانه لا يجوز ان يقتل والده وان وجـده فى صف الاعداء مقاتلا أو وجده زانيا وهو محصن فيجوز ان يتعدى به الحكم من الوالد الى الجـد مطلقا والى الام والجدات كذلك فانهم أسباب لاحيائه فلا يجوز ان يكون سببا لافنائهم قوله (والقصاص يستحقه المقتول) جواب عما يقال الوارث يستحق افناءه لا الولد ولا محذور فيه ولو قال فمـن المحال ان يتسبب لفنائه لاستغنى عن هـذا السؤال والجواب وقال مالك رحمـه الله ان ذبحه يقاد به لانتفاء شـبهة الخطا من كل وجـه بخـلاف ما اذا رماه بسـيف أو سكين فان فيه توهم التأديب لان شفقة الابوة تمنعه عن ذلك فيتمكن فيه نوع شبهة قال المصنف رحمـه الله (وهو باطلاقه حجـة على مالك رحمه الله) وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهـو محصـن فانه يرجم أجيب بان الرجم حق الله تعالى على الخلوص بخلاف القصاص لا يقال فيجب ان يحد اذا زنى بجارية ابنه لان حق الملك بقوله صـلى الله عليـه وسلم أنت ومالك لابيـك صار شبهة فى الدرء

(قال المصنف والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه) أقول القصاص طريقـه الخلافة عند أبى حنيفـة دون الوراثة كما سيجىء فى باب الشـهادة فى القتل فلا يلائمه كلام المصنف وجوابه أن فيه شبهة الوراثة وشبهة الخلافة فتارة يعين الاولى وتارة يعين الثانية احتيالا فى درء القصاص فليتأمل فان هذا كلام اجمالى كتبته تذكرة (قوله ولو قال فمن المحال أن يتسبب لفنائه) أقول وأنت خبير بأن عبارة المصنف تؤدى هذا المعنى اذ معناها فمن المحال أن يستحق لاجله افناؤه ولا يدل على كون المستحق المقتول (قوله لأن شفقة الأبوة تمنعه عن ذلك) أقول أى تمنعه عن التعمد

وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لانه سبب لاحيائه وقوله (ولا ولده) بالرفع معطوف على الضمير المستكن في يستوجب وجاز ذلك بلا تأكيد بمنفصل لوقوع الفصل يعني ولا يستوجب ولده على أبيه اذا قتل الاب عبد ولده وقوله (ومن ورث قصاصا على أبيه) مثل أن يقتل الرجل أم ابنه مثلا وقوله (ولا يستوفى القصاص الا بالسيف) يعني اذا وجد القتل الموجب للقود لا يستوفى الا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله ينظر ان كان قتل بفعل مشروع مثل ان قطع يد رجل فمات منه فعل به مثل ذلك ويمهل مثل تلك المدة فان مات والا تحز رقبته وان كان بغير مشروع كان سقاه الخمر حتى قتله أو لاط بصغير فقتله يقتل بالسيف لان مبنى القصاص المساواة وذلك فيما ذكرنا لان فيه مساواة في أصل الوصف والفعل المقصود به (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا) فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف أجيب بان القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه وهذا مختار صاحب الاسرار وفخر الاسلام رحمه الله قدره بلا قود يجب الا بالسيف واستدل به لابي حنيفة رحمه الله في نفي القصاص عن القتل بالمثقل وقد قررناه

في التقرير وقوله (ولان فيما ذهب اليه) دليل معقول يتضمن الجواب عن قوله لان مبنى القصاص على المساواة ووجهه لا نسلم وجود المساواة فيما ذهب اليه لان فيه الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل لان فيه الحز بعد فعل مثل ما فعل به وانه غير جائز لادائه الى انتفاء القصاص فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم فان من كسر عظم انسان سوى السن عمدا فانه لا يقتص منه واذا جاز ترك القصاص كله عند توهم الزيادة فلأن يجوز ترك البعض أولى قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى الخ) اذا قتل المكاتب عمدا فلا يخلو إما أن ترك وفاء أو لم يترك فان كان الاول فلا يخلو إما ان يكون له وارث القود غير المولى أو لا فان كان الثاني فللمولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا أرى في هذا قصاصا واستدل بما ذكر في الكتاب وكأنه حام حول الدرء بالشبهات ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين الخ وهو في الحقيقة نفي اعتبار مثل

والجد من قبل الرجال أو النساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب أو الام قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال (ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده) لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزأ قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لحرمة الابوة قال (ولا يستوفى القصاص الا بالسيف) وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا فان مات والا تحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيحز فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال (واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أرى في هذا قصاصا) لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة لان حكم ملك اليمين

يتم بناء الدليل عليه تدبر تفهم (قوله والجد من قبل الرجال والنساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب أو الام قربت أو بعدت لما بينا) أقول من العجائب هنا ان الامام الزاهدي قال في شرح مختصر القدوري قلت ذكر الجدة في الهداية من قبل الام ولم يطلقها وذكر فيها الاجداد من قبل الرجال والنساء والام ولم يذكر الجدة من قبل الاب أصلا فوقعت لي شبهة في الجدة من قبل الاب وقد زالت بحمد الله تعالى بما ذكر في كفاية البيهقي قال ولا يقتل أصول المقتول به وان علوا خلا فالمالك فيما اذا ذبحه ذبحا اه وأنت ترى أن الجدة من قبل الاب مذكورة في الهداية هنا صراحة فكيف خفيت عليه حتى وقعت له شبهة في أمرها (قوله ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وهو نص على نفي استيفاء

(قوله ويلحق به ما كان سلاحا) أقول يأبى عن الالحاق قول المصنف والمراد به السلاح نوع اباء (قوله فان قيل يحتمل أن يكون المراد لا قود يجب الا بالسيف) أقول لا يمكن ان يورد هذا من طرف الشافعي لأن القتل بالمثقل يوجب القود عنده (قوله أجيب بأن القود اسم لفعل هو جزاء الفعل كالقصاص دون ما يجب شرعا والحمل عليه مجاز باعتبار ما يؤل اليه) أقول كان مراده ان خبر لا اذا كان من الافعال الخاصة يجب ذكره فقوله يجب ليس خبرا للا بل هو معتبر في مفهوم القود فانه بصدد ان يجب اذا كان وجد في مقابلة القتل بالسيف والخبر هو موجود وفيه بحث فان المراد به الوجود الشرعي ولا يلزم اعتبار الوجوب في القود كما في المعنى الآخر فتدبر ثم اعلم ان ضمير عليه في قوله والحمل عليه راجع الى ما في قوله دون ما يجب شرعا

يغاير حكم النكاح (ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى) لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الاولى لان المولى متعين فيها (وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة

القود بغيره ويلحق به ما كان سلاحا اه أقول فيه خلل لانه اذا كان نصا على نفي استيفاء القود بغير السيف فكيف يلحق به دلالة ما كان سلاحا من غير السيف وهل يتصور أن يدل كلام واحد على نفي شيء واثباته معا والحق أن يكون المراد بالسيف في الحديث المزبور السلاح مطلقا بطريق الكناية كما أشار اليه المصنف بقوله والمراد به السلاح وصرح به صاحبا الكافي والكفاية حيث قالا ولنا قوله عليه السلام لاقود الا بالسيف أي لاقود يستوفى الا بالسيف والمراد بالسيف السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم وقال أصحاب ابن مسعود لاقود الا بسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح اه وقال في النهاية فان قيل يحتمل أن يكون المراد من الحديث لاقود يجب الا بالسيف لا أن يكون معناه لاقود يستوفى الا بالسيف قلنا القود اسم لفعل هو جزاء القتل دون ما يجب شرعا وان حمل عليه كان مجازا ولان القود قد يجب بغير السيف كالقتل بالنار والابرة فلم يمكن حمله عليه لوجود وجوب القود بدون القتل بالسيف وانما السيف مخصوص بالاستيفاء اه وذكر هذا السؤال في العناية أيضا ولكن قصر الجواب عنه فيها على الوجه الاول من الوجهين المذكورين في النهاية أقول في ذلك الوجه من الجواب نظر لانه انما يتم أن لو كان مدار السؤال على احتمال أن يراد بلفظ القود المذكور في الحديث ما يجب شرعا وأما اذا كان مداره على احتمال أن يقدر في الحديث لفظ يجب بعد قوله لاقود كما هو الظاهر من عبارة السؤال فلا يتم ذلك اذ لا مجاز حينئذ في لفظ القود فان قلت المصير الى التقدير ليس بأسهل من المصير الى التجوز فيحصل المطلوب وهو لزوم العدول الى خلاف الظاهر من عبارة الحديث على الاحتمال الآخر قلت لامحيص عن تقدير شيء على المعنى الذي حملوه عليه أيضا فان معنى الحديث على ذلك لاقود يستوفى الا بالسيف كما صرحوا به فلابد من تقدير معنى الاستيفاء ومثل ذلك بمعونة المقام ليس بعزيز في كلام البلغاء فلا يتم التقريب (قوله ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص) أقول أطلق الوارث هنا ولم يقيده بالحر وقيده في الصورة الآتية بذلك حيث قال وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وكان الأولى أن يعكس الامر فانه اذا كان الوارث هنا رقيقا فالظاهر انه يجب القصاص للمولى عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما في الصورة السابقة لكون حق الاستيفاء حينئذ للمولى خاصة اذ لا ولاية للارقاء على استيفاء القصاص قط فلم يشتبه من له الحق هنالك فانه المولى على كل حال ان مات عبدا فبالملك وان مات حرا فبالولاء وأما اذا كانت الورثة ارقاء في الصورة الآتية فيجب القصاص للمولى وحده في قولهم جميعا كما اذا كانت الورثة أحرارا لانه مات عبدا في تلك الصورة بلا ريب والتقييد بالاحرار يشعر بكون الحكم في الارقاء خلاف ذلك بناء على ان مفهوم المخالفة معتبر عندنا أيضا في الروايات كما صرحوا به فالاحسن ما ذكره صاحب الكافي حيث قال في هذه الصورة ولو ترك وفاء وله وارث حر غير المولى فلا قصاص وقال في الصورة الآتية وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار أولا وجب القصاص للمولى عندهم فان قلت الرقيق لا يكون وارثا لان الرق أحد الامور الاربعة التي تمنع عن الارث كما تقرر في علم الفرائض فلا احتياج الى تقييد الوارث بالحر بل لا وجه له لاشعاره بكون الرقيق أيضا وارثا قلت المراد بالوارث هنا من كان من شأنه ان يرث والرقيق كذلك لانه يرث عند زوال الرق عنه لا من يرث بالفعل فيتحمل التقييد بالحرية وإلا يلزم أن لا يتم تقييد الورثة بالاحرار في الصورة الآتية أيضا مع أنها قيدت بها في الكتاب بل في أصل الجامع الصغير للامام الرباني (قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) قال صاحب

هذه الشبهة لانحطاطها عن درجة الاعتبار لان السببين اذا رجعا الى شخص وحكمهما لم يختلف صارا كسبب واحد لحكم واحد وأما اذا رجعا الى شخصين كما لو كان له وارث غير المولى واختلف حكمهما كالمسئلة المستشهد بها فيمكن ان تكون معتبرة فان كان الاول فلا قصاص وان اجتمعوا لوجود الاشتباه على ما ذكر لان الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في موته على نعت الحرية أو الرق فانه على قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا اذا أديت كتابته فيكون الاستيفاء لورثته وعلى قول زيد بن ثابت رضي الله عنه يموت عبدا فيكون استيفاء القصاص للمولى (بخلاف الاولى فان المولى متعين فيها) وان كان الثاني وهو ما اذا مات ولم يترك وفاء فواضح كما ذكر ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أو له ورثة أرقاء لعدم الفائدة في ذكره لان حكمه حكم المذكور في الكتاب

(قال المصنف وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا) أقول قال في الكفاية وذكر شيخ الاسلام يريد به لم يترك وفاء ولم يكن في قيمته وفاء بالمكاتبة أيضا فاما اذا كان في قيمته وفاء بالمكاتبة لا قصاص فيه

بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز (واذا قتل عبد الرهن فى يد المرتهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن فى الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال (واذا قتل ولى المعتوه فلأبيه أن يقتل)

العناية ولم يذكر ما اذا مات ولم يترك وفاء ولا وارث له أوله ورثة ارقاء لعدم الفائدة فى ذكره لان حكمه حكم المذكور فى الكتاب اه أقول هذا كلام خال عن التحصيل لان كون حكمه حكم المذكور لا يقتضى عدم الفائدة فى ذكره بل يكون بيان كون حكمه حكم المذكور عين الفائدة فى ذكره ألا ترى أن أكثر المسائل المذكورة فى أبواب هذا الكتاب وفصوله متحدة الاحكام مع انه لا مجال لأن يستغنى بذكر بعضها عن ذكر الآخر على ان تخصيص من له ورثة أحرار بالذكر يشعر بكون الحكم فى غير المذكور خلاف حكم المذكور على قاعدة كون المفهوم معتبرا فى الروايات كما ذكرنا من قبل فلا بد من بيان شئ يفيد كون الحكم فى المتروك حكم المذكور فالوجه فى الاعتذار عن ترك ذلك أن يقال ان حكم المتروك ههنا معلوم من حكم المذكور بالاولوية على طريقة دلالة النص فانه اذا وجب القصاص للمولى وحده فى قولهم جميعا فيما اذا كان له ورثة أحرار فلأن يجب القصاص للمولى وحده فيما اذا لم يكن له وارث أصلا أو كان له ورثة أرقاء أولى كما لا يخفى (قوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز) قال فى غاية البيان قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر فى المنتقى عن أبى حنيفة أن لا قصاص لان عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة فكأنها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاء وفى بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اه أقول فيه نظر قد مر من قبل أن أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله هو أن اختلاف السبب الذى لا يفضى الى المنازعة ولا الى اختلاف الحكم لا يبالى به ولهذا كان للمولى القصاص عندهما فيما اذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث سوى المولى وترك وفاء فكيف يتم تعليل عدم وجوب القصاص عند أبى حنيفة فى مسئلة معتق البعض اذا مات عاجزا بأن المولى يستحق القصاص فى بعضه بالولاء وفى بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين اذ لا إفضاء الى المنازعة على مقتضى هذا التعليل ولا الى اختلاف الحكم فمن أين لا يثبت له الاستحقاق عنده بمجرد اختلاف السبب ثم أقول لعل مراد المصنف بقوله بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء ما اذا كان له وارث غير المولى يرشد اليه ذكر مخالفة هذه المسئلة فى حيز قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة أحرار الخ فحينئذ يصح تتميم ما أجمله المصنف فى تعليله بقوله لان العتق فى البعض لا ينفسخ بالعجز بأن يقال فالمولى يستحق القصاص فى البعض المملوك بالملك والوارث يستحقه فى البعض المعتق بالارث فيكون السببان راجعين الى الشخصين فيبالى باختلافهما للافضاء الى المنازعة تأمل تقف (قوله واذا قتل ولى المعتوه فلأبيه ان يقتل) يعنى اذا قتل قريب المعتوه فلأبى المعتوه ان يقتل أى له ولاية استيفاء القصاص من القاتل قال صاحب العناية فى شرح هذه المسئلة واذا قتل ولى المعتوه يعنى ابنه فلأبيه وهو جد المقتول الاستيفاء أقول هذا تقصير فى بيان المسئلة فان من كان القصاص له بحق المعتوه دون أبيه غير منحصر فى ابن المعتوه بل يعم ابنه وغيره كأخيه وأخته لام من غير أبيه وكأمه المطلقة من أبيه وغير ذلك وعبارة الكتاب تحتمل التعميم فان ولى المعتوه بمعنى قريبه يعم الكل فما معنى تخصيص المسئلة مع عموم جوابها وصاحب النهاية أصاب فى تفسير ولى المعتوه ولكن أفسد بعده حيث قال واذا قتل ولى المعتوه أى قريبه وهو ابنه يعنى اذا كان للمعتوه ابن فقتل ابنه فلأبى

المعتوه

وقوله (بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء) يعنى لا يجب القصاص لان ملك المولى لا يعود بموته ولا ينفسخ بالعجز ما عتق منه وقوله (واذا قتل ولى المعتوه) يعنى ابنه (فلأبيه) وهو جد المقتول الاستيفاء

ويجب قيمته على القاتل فى ماله لأن موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع شلاء كان للمقطوع يده العدول الى المال بغير رضا القاطع مراعاة لحق صاحب القصاص لما لم يجد مثل حقه بكماله فكذا هنا جاز العدول الى المال بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة أنفع له لانه يحكم بحريته وحرية أولاده اذا أدى بدل الكتابة من قيمته اه والمراد اذا كان فى القاتل مالية حتى لا يخالف مذهبنا على ما سبق

(لانه من) باب (الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها) أى الى النفس (وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح) ولا يتوهم ان كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص لانه شرع للتشفى وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفى كالحاصل للابن بخلاف الاخ (وله) أى لولى المعتوه (ان يصالح) لكن على قدر الدية فان نقص يجب كمال الدية لانه أنظر فى حق المعتوه وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه من الولاية على النفس وقوله (لانه ليس له ولاية على نفسه) أى نفس المعتوه (وهذا) أى الاستيفاء (من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق) يريد قوله والوصى بمنزلة الاب فى جميع ذلك وقوله (ان الوصى لا يملك الصلح) يعنى عن النفس وأما عما دونها فيملكه وقوله (وانه) أى المال (يجب بعقده) أى بعقد الوصى

لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح (وله ان يصالح) لانه أنظر فى حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه (وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا) لما ذكرنا (والوصى بمنزلة الاب فى جميع ذلك الا انه لا يقتل) لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص فى الطرف فانه لم يستثن الا القتل وفى كتاب الصلح ان الوصى لا يملك الصلح لانه تصرف فى النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وأنه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص

المعتوه وهو جد المقتول ولاية استيفاء القصاص اهـ واقتفى أثره جماعة من الشراح والحق ما قدمناه من التعميم وغاية ما يمكن فى توجيه كلامهم ان يحمل ما ذكروه على التمثيل دون التخصيص (قوله لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفى الصدر فيليه كالانكاح) قال صاحب الغاية قال بعض الشارحين فى هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول ليس هذا بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى فى مختصره الى هنا لفظ الغاية * أقول ما نسبه الى بعض الشارحين قول كل الشارحين سواه ورده عليهم مردود فانه ناشئ من عدم فهم معنى المقام ومراد الشراح لان معنى المقام انه اذا قتل أحد ممن كان القصاص له حق المعتوه دون حق غيره كان لأبى المعتوه ولاية استيفاء القصاص من القاتل نيابة عن المعتوه كما له ولاية انكاح المعتوه والصبى ومراد الشراح التنبيه على أن ليس كل من يملك انكاح الغير يملك استيفاء القصاص من قبل الغير فان الاخ مثلا لا يملك انكاح المعتوه والصبى ولا يملك استيفاء القصاص من قبلهما بخلاف الاب فانه يملكهما معا وبينوا وجه الفرق بأن القصاص شرع للتشفى وللاب شفقة كاملة يعد ضرر الولد ضرر نفسه فجعل ما يحصل له من التشفى كالحاصل للابن بخلاف الاخ فقول صاحب الغاية لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن ان أراد به انه يملك ذلك باستحقاقه اياه بنفسه كما هو الظاهر من تعليله بقوله لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى فهو مسلم ولكن لا مساس له بالمقام ولا بما قاله الشراح فان الكلام ههنا فى ولاية استيفاء القصاص نيابة بدون أن يستحق القصاص بنفسه أصالة وهو معنى المسئلة التى نحن فيها كما يفصح عنه جدا عبارة المحيط البرهانى فانه قال فيه واذا وجب القصاص لصغير او معتوه فى النفس أو فيما دون النفس وله أب ولا حق للاب فى هذا القصاص فان الاب يملك استيفاءه عند علمائنا خلافا للشافعى اهـ وان أراد بذلك ان الاخ يملك ذلك نيابة عن الغير أيضا وان لم يستحقه بنفسه أصالة فهو ممنوع جدا ولم أر فى شئ من كتب الفقه أن أحدا ذهب اليه وقال به والدليل الذى ذكروه فى الفرق بين الاب وغيره هنا يقتضى خلاف ذلك قطعا (قوله وله ان يصالح لانه أنظر فى حق المعتوه)

(قوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص كالاخ فانه يملك الانكاح دون القصاص) أقول قال الاتقانى قال بعض الشارحين فى هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول هذا ليس بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذا يملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى فى مختصره اهـ وفيه بحث لان ما ذكره فيما اذا قتل الاخ وكلام الشارحين فيما اذا كان الاخ المعتوه والاب حى (قوله لانه شرع للتشفى) أقول هذا تعليل لقوله ولا يتوهم أن كل من ملك الانكاح ملك استيفاء القصاص الخ

لان المقصود التشفي وهو مختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما فيه من الابطال فهو أولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح ألا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه

قال جمهور الشراح هذا فيما اذا صالح على قدر الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية اهـ وكذا ذكره الامام الزيلعي في شرح الكنز وقال صاحب الغاية قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية أما اذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع يحصل في القليل والكثير ألا ترى أن الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر الى هنا لفظه* أقول نظره ساقط فان لاصحاب التخريج من المشايخ صرف اطلاق كلام المجتهد الى التقييد اذا اقتضاه الفقه كما صرحوا به وله نظائر كثيرة في مسائل الفقه فيجوز أن يكون الامر ههنا كذلك والظاهر أن الشراح أخذوا التقييد ههنا من كلام مشايخنا المتقدمين من أصحاب التخريج ولا يبعد أن يصل بعض من أنفس الشراح أيضا الى تلك الرتبة فلا يقدح فيما قالوا الاطلاق ظاهر لفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة ثم ان قوله وانما جاز صلحه على المال لانه أنفع للمعتوه من القصاص مسلم وقوله والنفع يحصل في القليل والكثير ممنوع فان في القصاص تشفي الصدر وما دون الدية في مقابلة تشفي الصدر لا يعد نفعا عرفا وولاية الاب للمعتوه نظرية فلا بد أن يكون تصرفه في حق المعتوه من قبيل ما يعد نفعا عرفا وعادة وأما تنويره بما ذكره الكرخي في مختصره فليس بصحيح جدا فان الذي نقله عن مختصر الكرخي ما اذا كان المصالح صاحب حق القصاص بنفسه وصلح صاحب الحق عن حقه على كثير من المال وقليله جائز بلا ريب اذ له اسقاط حقه بالكلية بلا أخذ عوض عنه أصلا فتركه بمقابلة مال وان قل أولى بخلاف ما نحن فيه فان المصالح هنا ولي صاحب حق القصاص وهو أبوه لا نفس صاحب الحق وهو المعتوه فلا بد في تصرفه من النظر لمن له الحق لكون ولايته نظرية وبالجملة مدار كلامه هذا أيضا عدم الفرق بين التصرف لنفسه اصالة وبين التصرف لغيره نيابة ثم أقول بقي شيء في أصل الدليل الذي ذكره المصنف بقوله لانه أنظر في حق المعتوه من القصاص وهو أن الصلح على مال اذا كان أنظر في حق المعتوه من القصاص كان ينبغي ان لا يملك الاب استيفاء القصاص من قبل المعتوه عند امكان المصالحة على المال لان ولاية الاب على المعتوه لما كانت نظرية كان عليه ان يراعي ما هو الانظر له ويمكن ان يجاب عنه بأن كون الولاية نظرية لا يستدعي وجوب العمل بما هو الانظر لان في خلافه أيضا حصول أصل النظر بل انما يقتضي أولوية العمل بذلك ولم ينف أحد أولوية المصالحة على المال فيما نحن فيه على ان كون المصالحة أنظر في حق المعتوه من القصاص من كل الوجوه ممنوع ودلالة عبارة الكتاب عليه أيضا ممنوعة فيجوز أن تكون المصالحة أنظر في حقه من وجه وهو حصول منفعة المال له ويكون القصاص أنظر له من وجه آخر وهو دفع سبب الهلاك عن

نفسه

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار الخ) اذا كان أولياء القتيل صغارا وكبارا فاما أن يكون فيهم الاب أو لا فان كان فلهم الاستيفاء عند علمائنا رحمهم الله بالاتفاق وان لم يكن فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار ووجههما ظاهر على ما ذكر ووجه أبي حنيفة رحمه الله مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فانه في الغائب موهوم فالاستيفاء يقع مع الشبهة وهو لا يجوز وفي الصغير مأيوس حال الاستيفاء فانتفى الشبهة واذا انتفى الشبهة وهو حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة يثبت لكل واحد كملا كالولاية في الانكاح واعترض بانه لو كان كذلك لما سقط القصاص بعفو أحدهما كما لو تعدد القتيل وعفا أحد الاولياء فان لغيره ولاية استيفاء قصاص قتيله لا محالة وأجيب بان الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال فيسقط القصاص وينقلب مالا نظرا للجانبين بخلاف ما اذا تعدد القتيل فان الحق ثمة متعدد فلا يلزم من سقوط بعض سقوط غيره

قال (ومن قتل وله أولياء صغار وكبار فللكبار أن يقتلوا القاتل عند أبي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار) لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين وله أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة

نفسه فانهم صرحوا بان المقصود بالقصاص تشفي الصدر أو دفع سبب الهلاك عن نفس ولي المقتول كما أشير اليه بقوله تعالى ولكم في القصاص حياة فحينئذ لا يلزم أولوية العمل بالمصالحة رأسا فضلا عن وجوبه (قوله ومن قتل وله أولياء صغار وكبار) قال صاحبا النهاية والكفاية في شرح هذا المحل بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير أقول هذا الشرح لا يطابق عبارة المشروح لان لفظ الاولياء في المشروح صيغة الجمع وكذا لفظ الصغار والكبار فكيف يتصور تصوير معنى المشروح بان كان للمقتول أخوان أحدهما صغير والآخر كبير ولا يساعده لفظ الاولياء فضلا عن لفظي الصغار والكبار والظاهر في التصوير أن يقال بان كان للمقتول اخوة بعضهم صغار وبعضهم كبار وغاية ما يمكن في توجيه كلام ذينك الشارحين ان يقال ليس مقصودهما شرح كلام المصنف على وفق عين عبارته بل مقصودهما مجرد تصوير المسئلة على وجه يتضمن الاشارة الى انه لا احتياج في تحقق مادة هذه المسئلة الى تحقق معنى الجمعية لا في جانب الصغير ولا في جانب الكبير بل ولا في مجموع الجانبين أيضا (قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب أو كان بين المولين) قال صاحب النهاية في شرح قوله أو كان بين المولين أي وأحدهما غائب واقتفى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر الحال * أقول ليس هذا بشرح صحيح عندي اذ لو كان مراد المصنف هذا المعنى لكان ذكر قوله أو كان بين المولين مستدركا محضا اذ يتناوله حينئذ قوله كما اذا كان بين الكبيرين وأحدهما غائب فيستغنى عن قوله أو كان بين المولين وأيضا لو كان مراده ذلك لما قدم قوله وأحدهما غائب على قوله أو كان بين المولين بل كان عليه أن يؤخر قوله وأحدهما غائب عن ذلك ليتعلق بمجموع القولين فلا يحتاج الى التقدير في الثاني والصواب في شرح قوله أو كان بين المولين أن يقال أي وأحدهما صغير اذ لا يلزم حينئذ شئ من المحذورين المذكورين بل يكون كل من قوليه المزبورين اشارة الى مسئلة مستقلة مغايرة للاخرى ويوافقه صريح ما ذكر في المبسوط فانه قال فيه في باب الوكالة بالدم من الديات صورة مسئلة المولين فيما اذا كان العبد مشتركا بين الصغير والكبير فقتل العبد ليس للكبير ولاية استيفاء القصاص قبل أن يدرك الصغير بالاتفاق اه تبصر (قوله وله أنه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزأ وهو القرابة) أقول في تمام الاستدلال بعدم تجزي سبب القصاص وهو القرابة على عدم تجزي القصاص نفسه خفاء فان العقل لا يجد محذورا في كون السبب بسيطا والمسبب مركبا كيف والظاهر أن القرابة التي لا تتجزى كما انها سبب لاستحقاق ولي القتيل القصاص في القتل العمد كذلك هي سبب أيضا لاستحقاقه الدية في القتل الخطا مع انه لا شك ان الدية تتجزى

(قوله فاما أن يكون فيهم الاب) أقول أي أب المقتول أو أب الصغير (قوله لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة) أقول كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة (قوله واعترض بانه لو كان كذلك) أقول أي لو ثبت لكل واحد كملا (قوله وأجيب بأن الحق واحد فلو لم يسقط كان ثابتا ساقطا وهو محال) أقول ان أراد كان ثابتا في حق غير العافي ساقطا في حقه فاستحالته ممنوعة وان أراد كان ثابتا مطلقا ساقطا كذلك فلا نسلم لزومه من عدم السقوط في حق غير العافي فيجوز أن يسقط في حق العافي وثمرته انه لا يقدر بعد العفو على القصاص ويثبت في حق غيره ولعل الاظهر أن يقال لما كان الحق واحدا وسقط في حق العافي أورث الشبهة في حق الباقي لما أنه واحد فكان ثابتا من وجه ساقطا من وجه وما هو كذلك فيه شبهة عدم الثبوت والشبهة تؤثر في سقوط القصاص

واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال (ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان أصابه بالحديد قتل به وان أصابه بالعود فعليه الدية) قال رضي الله عنه وهذا اذا أصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان أصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن أبي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان وأما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة على ما نبين وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة له أن الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا ألا ان قتيل خطا العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب أو لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى أول الفعل عنه وعساه أصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية

لانها مال والمال متجز بلا ريب فالاظهر في بيان كون القصاص حقا لا يتجزى ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية اثناء تقرير دليل الامامين وهو ان القتل غير متجز لانه تصرف في الروح وذا لا يقبل التجزي ثم ان بعض الفضلاء طعن في قولهم هنا ان سبب القصاص هو القرابة حيث قال كيف يكون سببه القرابة وهو يثبت للزوج والزوجة اه أقول نعم يثبت للزوج والزوجة بل للمعتق والمعتقة أيضا كما صرحوا به مع ان السبب في الزوج والزوجة هو الزوجية وفي المعتق والمعتقة هو الولاء دون القرابة الا أن الظاهر ان قولهم ههنا وهو القرابة إما بناء على التغليب لكون أولياء القتيل في الاكثر قرابته وإما بناء على انهم أرادوا بالقرابة هنا الاتصال الموجب للارث دون حقيقة القرابة فيعم الكل (قوله واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما كملا كما في ولاية الانكاح) قال الشراح وجه أبي حنيفة مبني على ثبوت التفرقة بين الصغار والكبار الغيب من حيث احتمال العفو في الحال وعدمه فان العفو في الغائب موهوم حال استيفاء القصاص لجواز ان يكون الغائب عفا والحاضر لا يشعر به فلو استوفى كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز وأما العفو في الصغير فأيوس حال استيفاء القصاص لانه ليس من أهل العفو وانما يتوهم العفو منه بعد بلوغه والشبهة في المآل لا تعتبر لان ذلك يؤدي الى سد باب القصاص لاحتمال ان يندم ولي المقتول على قتله وقال في النهاية كذا في مبسوط شيخ الاسلام والجامع الصغير للامام المحبوبي * أقول لقائل ان يقول اذا لم يكن للغائب شعور أصلا بكون قريبه مقتولا بان كان في مسيرة سنة مثلا من موضع القتل فأنى يتوهم منه العفو في الحال اذ العفو عن الشيء فرع الشعور به فحيث لا شعور به لا يتصور العفو عنه ومسئلة الغائب تعم مثل هذه الصورة أيضا فكيف يتم فيها ما ذكروا من التفرقة ثم أقول يمكن ان يدفع ذلك بانه يجوز ان يقول ذلك الغائب في ذلك الموضع في تلك الحالة أو قبلها كل حق يثبت لي على الغير فاني عفوته وبرئت منه فيندرج في هذه الكلية عفوه عن قتل قريبه أيضا ولا يلزم الشعور بخصوصه فهذا الاحتمال في صورة أن كان بعض الاولياء غائبا وان كان موهوما يورث شبهة في الحال فلا يستوفى القصاص بها بالاجماع ولعل حل هذا المقام بهذا الوجه مما لا بد منه وقد أهمله الجمهور (قوله ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف أبي حنيفة) أقول كان حق التحرير هنا ان يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان الحكم المذكور فيما سبق في أصل المسئلة وجوب الدية عند الاصابة بالعود لا وجوب القود عند ذلك وخلاف أبي حنيفة في وجوب القود في القتل بالمثقل لا في وجوب الدية فيه فان وجوبها فيه عين

وقوله (ومسئلة المولين ممنوعة) جواب عن قوله أو كان بين المولين وسند منعه ما ذكر في الاسرار لا رواية في عبد أعتقه رجلان ثم قتل أو قتل وله موليان فيجوز ان يقال لا نسلم ان أحدهما لا ينفرد بالاستيفاء ولئن سلمنا فأحد المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس بسبب أصلا فكانا كشخص واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وقوله (ومن ضرب رجلا بمر الخ) واضح

(قوله ولئن سلمنا فأحد المولين انما ينفرد بالاستيفاء) أقول فيكون قوله انه حق لا يتجزى مخصوصا بما اذا لم يكن السبب القرابة كما لا يخفى (قال المصنف وفيه خلاف أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول فيه أن قضية المساق أن يقول وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد فليتأمل (قال المصنف وهي مسئلة الموالاة) أقول فيه بحث بل تلك أعم منها فان القتل بالسوط قد يكون بدون الموالاة كما اذا ضرب صغيرا فمات منه وجوابه أن الضمير عائد الى خلافية الشافعية لا الى مسئلة القتل بالسوط مطلقا فافهم

قال (ومن غرق صبيا أو بالغا في البحر فلا قصاص) عند أبي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير أن عندهما يستوفى حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها أمارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطا ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص أثره ومنه المقصة للجلمين

مذهب أبي حنيفة وانما الخلاف فيه لأبي يوسف ومحمد وقصور تحرير المصنف هنا مع كونه ظاهرا جدا لم يتعرض له أحد من الشراح لا من جهة القدح ولا من جهة التوجيه فكأنهم لم يتنبهوا له (قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه) قال صاحب النهاية وقوله لهم أي للشافعي ولهما لكن للشافعي الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اهـ وتبعه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية حيث قال وقوله لهم أي لأبي يوسف ومحمد والشافعي لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول اهـ أقول لا مساعدة في عبارة المشروح لهذا المعنى لان المصنف أعاد لام التعليل في المعقول حيث قال ولان الآلة قاتلة وذلك يقتضي ان يكون قوله ولان الآلة قاتلة الخ معطوفا على قوله لهم قوله عليه السلام من غرق غرقناه فلم يبق في حيز قوله لهم الا الحديث فلا مجال للتوزيع لانه انما يتصور أن لو كان المعنى لهم الحديث والمعقول وعبارة الكتاب تقتضي أن يكون المعنى لهم الحديث ولهم المعقول وهذا لا يكون الا بمشاركة مجموعهم في كل واحد من الدليلين تأمل تقف وقال صاحب الكفاية بعد ذكر ما ذكره صاحب النهاية اذ للشافعي الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص وفي الاستيفاء ولهما الاستدلال بالحديث في وجوب القصاص ولم يعملا في الاستيفاء بهذا الحديث لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اهـ أقول وفيه بحث لان وجوب القصاص وكيفية الاستيفاء انما يستفادان من لفظ واحد في الحديث المذكور وهو غرقناه فالعمل بأحدهما دون الآخر مع كونه لا يخلو عن اشكال في نفسه لا موجب له لان العمل به في حق الاستيفاء انما يجب أن يترك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف أن لو ثبت تأخر قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف عن قوله عليه السلام من غرق غرقناه أو ثبت كونه أقوى منه وشئ منهما لم يثبت (١) لا يقال يكفي التعارض بينهما فانهما اذا تعارضا تساقطا لانا نقول لو كان كذلك لما صح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان لا يستوفى القصاص الا بالسيف لان الساقط لا يصلح لان يتمسك به مع ان ائمتنا تمسكوا به في ذلك المطلب واعتمدوا عليه كما مر ثم أقول الاولى عندي في توجيه المقام ان يقال الحديث حجة لأبي يوسف ومحمد والشافعي كلهم الا ان الشافعي يبقيه على ظاهره فيحمل التغريق على حقيقته وأما الامامان فيحملانه على الكناية عن الاهلاك لكون الاهلاك لازم التغريق فيصير معنى قوله عليه السلام غرقناه أهلكناه ويكون التعبير بغرقناه لمشاكلة قوله من غرق وانما يحملانه على ذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف اذ قد تقرر في علم الاصول أنه اذا تعارض ظاهر النصين يطلب المخلص مهما أمكن في التوفيق والجمع بينهما وههنا المخلص عندهما يتيسر بحمل التغريق على الاهلاك والقتل على سبيل الكناية تدبر (قوله وله قوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطا أرش) أقول في دلالة هذا الحديث على مدعى أبي حنيفة رحمه الله تعالى في مسئلة

وقوله (ومنه المقصة للجلمين) الجلم الذي يجز به وهما جلمان

(قال المصنف لهم قوله عليه الصلاة والسلام من غرق غرقناه) أقول دليل الشافعي فلا يرد أن مذهبهما ان لا قود الا بالسيف (قال المصنف وله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا) أقول والخلاف فيه ثابت والمنشأ واحد فلذلك استدل به على مطلوبه تأمل (قوله لكن استدلال الشافعي بالحديث واستدلالهما بالمعقول) أقول ويجوز لهما الاستدلال بالحديث في نفي وجوب الدية وأما القصاص بالتغريق فلم يعملا به لوجود نص أقوى منه لا قود الا بالسيف ولا يلزم منه أن يكون متروكا بالكلية ويجوز للشافعي الاستدلال بالمعقول أيضا ففي التوزيع بحث كما لا يخفى (قال المصنف ومنه المقصة للجلمين) أقول قال الكاكي سميت المقصة مقصة لان

(١) في بعض النسخ زيادة كتبت بالهامش نصها ويمكن أن يقال ثبت كون قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف أقوى من قوله عليه السلام من غرق غرقناه عند أهل الحديث وقد أشار اليه المصنف فيما بعد بقوله وما رواه غير مرفوع تأمل اهـ منه

وقوله (ومارواه غير مرفوع) لانه يلزم على قوله التحريق بالتحريق وهو منهي عنه قال صلى الله عليه وسلم لاتعذبوا أحدا بعذاب الله (أوهو محمول على السياسة وقد أومت) أي أشارت (اليه) أي الى كونه محمولا على السياسة (اضافته الى نفسه) حيث قال غرقناه ولم يقل غرقوه وقوله (واختلاف الروايتين) مرفوع على الابتداء وقوله (في الكفارة) خبره يعني ان اختلاف الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله انما كان في الكفارة فانه روى عنه ان لا كفارة في شبه العمد وروى الطحاوي أن فيه الكفارة عنده وأما الدية فانها واجبة عنده من غير تردد وقوله (لوجود السبب) يعني سفك دم محقون على التأبيد عمدا (وعدم مايبطل حكمه) يعني من عفو أو شبهة وقوله (واذا التقى الصفان) ظاهر وقوله (أحد نوعي الخطا) يريد به الخطأ في القصد وقوله (وكذا الدية) منصوب عطفا على الكفارة وقوله (على مانطق به النص) يريد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية وقوله (ولما اختلفت سيوف المسلمين) أي توالت روي أن سيوف المسلمين توالت على اليمان أبي حذيفة في بعض الليالي في غزوة الخندق فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية فوهبها لهم حذيفة وقوله (ومن شج نفسه) واضح

ولا تماثل بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا الايتماثلان في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر ومارواه غير مرفوع أوهو محمول على السياسة وقد أومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال (ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص) لوجود السبب وعدم مايبطل حكمه في الظاهر فأضيف اليه قال (واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة) لان هذا أحد نوعي الخطا على مابيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على مانطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان أبي حذيفة قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال (ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند أبي حنيفة ومحمد يغسل ويصلى عليه وعند أبي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا وكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصارت ثلاثة أجناس فكأن النفس تلفت بثلاثة أفعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية والله أعلم

﴿فصل﴾ قال (ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم أن يقتلوه)

وقوله (وفعله بنفسه هدر في الدنيا) يعني فلم يكن معتبرا في حق الضمان لمكان الاستحالة والتنافي وقوله (يغسل ويصلى عليه) أثر كون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه صار كأنه مات حتف أنفه بمرض من غير علة في نفسه وقوله (ولا يصلى عليه) لان جنايته على نفسه معتبرة فصار كالباغي وقوله (فلم يكن هدرا مطلقا) متعلق بقوله هدر في الدنيا معتبر في الآخرة والباقي واضح

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان المسائل التي توجب القصاص ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص وهي كلها من جنس واحد وكلامه واضح

النغريق خفاء كما ترى ولم يتعرض أحد من الشراح لبيان وجه دلالته على ذلك والانصاف انه لايدل عليه دلالة اقناعية وان أمكن التوجيه ببعض من التمحلات ولعل هذا هو السر في أن صاحب الكافي ترك التمسك

كل واحد من الحديدين بمائل الآخر اه وفي شرح الشاهان لانه سوى بهما بين الثوب و بين المقطوع له الثوب اه ولعل هذا الوجه اولى لاسم المقصة تأمل (قوله ومارواه غير مرفوع لانه يلزم الى قوله أوهو محمول على السياسة وقد أومت) أقول فيه بحث وجوابه أن تتمة الحديث ومن حرق حرقناه ومن قتل عبدا قتلناه كذا في فوائد حميد الدين الضرير ثم قوله غير مرفوع منع وقوله لانه يلزم الخ سند للمنع وقوله أوهو محمول على السياسة منع آخر مع السند وقوله وقد أومت تتميم للسند (قال المصنف واختلاف الروايتين في الكفارة) أقول قوله واختلاف مبتدأ وقوله في الكفارة خبره (قال المصنف ولا يصلى عليه) أقول قال الكاكي وهذا أثر كون فعله معتبرا في حق نفسه لانه صار باغيا على نفسه اه فالباغي لا يصلى عليه

﴿فصل ومن شهر﴾ (قوله ألحق بها فصلا يشتمل على المسائل التي لها عرضية ايجاب القصاص) أقول وهو قتل المشهور عليه يوجب القصاص ان لم يثبت ماادعاه من سل السيف عليه بالبينة

وقوله (أطل دمه) أي أهدر وقوله (والمعنى) أي ومعنى الوجوب (دفع الضرر) لان الواجب هو دفع الشر على أي وجه كان لا عين القتل وقوله (لما بينا) اشارة الى ما ذكره من الحديث والمعقول وقوله (وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة) يعني اذا صالا على انسان فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة وقوله (فأشبه المكره) يعني ان المكره لما صار مسلوب الاختيار من جهة المكره أضيف التلف الى المكره فكذلك المصول عليه وقيل معناه فأشبه المكره يعود على المكره فيقتله وقوله (قاتل دون مالك) أي لاجل مالك وقوله (فكذا استردادا في الانتهاء) لانه أسهل من الابتداء والله أعلم

لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد في الجامع الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كانت تلبث ولكن في الليل لا يلحقه الغوث فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا تلبث يحتمل أن تكون مثل السلاح عندهما قال (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله) وقال الشافعي لا شئ عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن أبي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فأشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال (ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص) معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من أن يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته قال (ومن دخل عليه غيره ليلا وأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل والله أعلم

التمسك بهذا الحديث ههنا بالكلية واكتفى بالدليل العقلي مع كون عادته أن يقتفي أثر صاحب الهداية في وضع المسائل وبسط الدلائل

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر الحديث) أقول الحديث يدل (٢٦٩) على اباحة قتله دون وجوبه وكان المدعى ذلك ظاهرا (قوله ومعنى الوجوب دفع الضرر) أقول أي وجوب دفع الضرر فالمضاف مقدر (قال المصنف ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا في المصر أو نهارا في طريق غير المصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شئ عليه) أقول قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير فان شهر عليه عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه عمدا قتل به اهـ وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان رجل شهر سلاحا على رجل في المصر ليلا أو نهارا أو في غير المصر فقتله المشهور عليه عمدا لا شئ عليه لانه قتله لدفع الشر عن نفسه ودفع الشر مباح أو واجب وان شهر عليه عصا في المصر نهارا فقتله المشهور عليه بالحديد عمدا قتل لأنه قادر على دفع الشر عن نفسه بدون القتل لأن العصا تلبث وفي المصر يلحقه الغوث بالنهار بخلاف السلاح لانه لا يلبث وبخلاف المفازة أو كان في المصر ليلا لانه لا يلحقه الغوث وان كان الخشب أو الحجر عظيما لا يلبث فهو بمنزلة السلاح في هذا الحكم (قوله فقتله المصول عليه عمدا يضمن الدية والقيمة) أقول الاولى قطع الكلام عند قوله عمدا أو يتمه بقوله وعند الشافعي لا شئ عليه كما لا يخفى (قوله يعني أن المكره لما صار مسلوب الاختيار الخ) أقول هذا الكلام على هذا التقرير كلام الزامي من الشافعي والا فعنده يجب القصاص على المكره والمكره كما مر (قال المصنف وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر) أقول دفع الشر واجب كما مر فينبغي أن يراد بالمبيح ما يعم الموجب (قال المصنف فتجب الدية) أقول لان أثر الاضطرار في دفع الاثم والقصاص دون الضمان كالمضطر اذا أكل مال الغير (قوله لانه أسهل من الابتداء) أقول فيه شئ اذ ليس هذا المقام محل ذلك الكلام

لما فرغ من بيان القصاص في النفس أتبعه بما هو بمنزلة التبع وهو القصاص في الأطراف وكلامه واضح قوله (ولا معتبر بكبر اليد وصغرها) لأن منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بذلك ولا ترد الشجة الموضحة إذا أخذت ما بين قرني المشجوج ولم تأخذه من الشاج لكبر رأسه فإن الكبر قد اعتبر وخير المشجوج بين القصاص بمقدار شجته وبين أخذه أرش الموضحة لأن المعتبر في ذلك الشين وفي الاقتصاص بمقدارها يقل شين الشاج ويأخذ ما بين قرنيه بالشجة زيادة على حقه فانتفى المماثلة الواجبة في القصاص صورة ومعنى فإن شاء استوفاه معنى وهو مقدار شجته ويترك الصورة وإن شاء أخذ أرشها وقوله (على ما قال في الكتاب) يعني القدوري وهو مأثور عن الصحابة رضي الله عنهم روي أن هذا حدث في زمن عثمان رضي الله عنه فسأل عنه الصحابة رضي الله عنهم فلم يكن عندهم فيه شيء حتى جاء علي رضي الله عنه فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم قوله (لما تلونا) إشارة إلى قوله تعالى والجروح قصاص وفي بعض النسخ لما ذكرنا وهو إشارة إلى قوله وهو ينبئ عن المماثلة وقوله (ولا قصاص في عظم إلا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما) فإن كان السن عظما فالاستثناء متصل ولا بد من فرق بينها وبين غيرها من العظام وهو إمكان القصاص فيها بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منها أو إلى أصلها إن قلعها ولا يقلع

باب القصاص فيما دون النفس

قال (ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة) لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد أمكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة اليد لا تختلف بذلك وكذلك الرجل ومارن الأنف والأذن لإمكان رعاية المماثلة قال (ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه) لامتناع المماثلة في القلع وإن كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لإمكان المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم قال (وفي السن القصاص) لقوله تعالى والسن بالسن (وإن كان سن من يقتص منه أكبر من سن الآخر) لأن منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال (وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص) لما تلونا قال (ولا قصاص في عظم إلا في السن) وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولأن اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لأنه يبرد بالمبرد ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان

باب القصاص فيما دون النفس

لما فرغ من بيان القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دون النفس إذ الجزء يتبع الكل (قوله لقوله تعالى والجروح قصاص) أي ذات قصاص كذا في التفاسير والشروح قال الزيلعي في شرح الكنز أي ذو قصاص أقول لا وجه لتذكيره وهذا الابتذال ركيك لا ينبغي أن يرتكب بلا ضرورة سيما في تفسير القرآن العظيم (قوله ولو قلع من أصله يقلع الثاني فيتماثلان) قال صاحب الكافي وعامة شراح الكتاب في هذا المقام ولو قلع السن من أصله لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فربما تفسد به لثاته ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن وعزاه الشراح إلى المبسوط أقول أسلوب تحريرهم ههنا محل تعجب فإن أحدا منهم لم يتعرض لما ذكر في الكتاب لا بالرد ولا بالقبول بل ذكروا المسألة على

باب القصاص فيما دون النفس

(قوله بما هو بمنزلة التبع) أقول إنما قال بمنزلة التبع لأن القصاص في الأطراف ليس بتابع للقصاص في النفس عندنا حقيقة قال على ما يجيء في هذا الدرس قال المصنف (لقوله تعالى والجروح قصاص) أقول قال الزيلعي أي ذو قصاص وقال البرهان النسفي في تفسيره القصاص هنا مصدر يراد به المفعول أي والجروح متقاصة بعضها ببعض (قوله ولم تأخذه من الشاج لكبر رأسه) أقول الضمير في قوله يأخذه راجع إلى ما في قوله ما بين قرني المشجوج وضمير رأسه راجع إلى الشاج (قوله لأن المعتبر في ذلك الشين الخ) أقول هذا تعليل لقوله ولا ترد الشجة الخ تقريره لأن المعتبر في ذلك الشين إذ ليس فيه تفويت المنفعة إلى آخر ما قال ويجيء عن المصنف في هذا الدرس أن الشجة موجبة لكونها مشينة وبخلاف اليد فإن الشين لا يتفاوت في اليد إذا قطعت (قال المصنف تحمى له المرآة) أقول استئناف بياني الاحماء كرم كردن (قوله وهو إشارة إلى قوله وهو ينبئ عن المماثلة) أقول بل إشارة إلى المجموع كما لا يخفى (قال المصنف ولا قصاص في عظم إلا في السن) أقول اختلف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن

لتعذر المماثلة فرعاً تفسد به لثاته كذا في المبسوط وان كان غير عظم كما أشار اليه قوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص في عظم حيث لم يستثن السن فالاستثناء منقطع وقد اختلف الاطباء في ذلك فمنهم من قال هو طرف عصب يابس لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ومنهم من قال هو عظم وكأنه وقع عند المصنف أنه عظم حتى قال والمراد منه غير السن وقوله (وليس فيما دون النفس شبه عمد) قد ذكره مرة لكنه قد ذكر هنالك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الاول على أن المراد به ان أمكن القصاص وذلك لان شبه العمد اذا حصل فيما دون النفس وأمكن القصاص جعل عمدا روى أن الربيع عمة أنس بن مالك رضي الله عنه كسرت ثنية جارية من الانصار بلطمة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص واللطمة اذا أتت على النفس لا توجب القود وان لم يمكن القصاص جعل خطأ ووجب الارش وقوله (ولا قصاص بين الرجل والمرأة) ظاهر وقوله (الا في الحر يقطع طرف العبد) يعني لا يجب القصاص فيه عنده أيضا والشافعي رحمه الله أخذ بقول ابن أبي ليلى وسلكا في الباب طريق القياس وهو اعتبار الاطراف بالنفوس لانها تابعة للنفوس فكما يجري القصاص بين الرجال والنساء في النفوس فكذلك في الاطراف لكونها تابعة لها

قال (وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها فهادون مادون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ (ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين) خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها

خلاف ما ذكر في الكتاب وكان من دأب الشراح التعرض لما في الكتاب اما بالقبول واما بالرد فكأنهم لم يروه أصلا نعم القول الذي نقلته هنا عن المصنف غير مذكور في بعض النسخ لكنه واقع في كثير من النسخ ليس بمثابة أن لا يطلع عليه أحد من الشراح كيف وقد أخذه صاحب الوقاية فذكره في متنه حيث قال ولا قود في عظم الا السن فتقلع ان قلعت وتبرد ان كسرت وكأن مأخذ متن الوقاية هو الهداية كما صرح به صاحبه وكذا ذكر في كثير من المتون ثم ان التحقيق ههنا هو أنه اذا قلع سن غيره هل يقلع سنه قصاصا أم يبرد بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم فيه روايتان كما أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ان كانت الجناية بكسر بعض السن يؤخذ من سن الكاسر بالمبرد مقدار ما كسر من سن الآخر وهذا بالاتفاق وان كانت الجناية بقلع سن ذكر القدوري أنه لا يقلع سن القالع ولكن يبرد سن القالع بالمبرد الى أن ينتهي الى اللحم ويسقط الباقي واليه مال شمس الائمة السرخسي وذكر شيخ الاسلام في شرحه أنه يقلع سن القالع واليه أشار محمد رحمه الله في الجامع الصغير حيث ذكر بلفظ النزع والنزع والقلع واحد وفي الزيادات نص على القلع الى هنا لفظ المحيط (قوله وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ) قال صاحب العناية قد ذكره مرة لكنه ذكر هنالك أنه عمد وههنا أنه عمد أو خطأ فيحمل الاول على أن المراد به ان أمكن القصاص انتهى أقول يرد عليه أن مراد المصنف لو كان ذلك لما تم ما ذكره صاحب العناية في شرح كلام المصنف هنالك بأن قال يعني ليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد أو خطأ فان مقتضى ذلك الشرح أن لا يكون بين كلامي المصنف في المقامين فرق كما لا يخفى ثم أقول التحقيق أن ما ذكره المصنف ههنا عبارة القدوري وما ذكره فيما سبق عبارة نفسه وان لكل واحدة من العبارتين معنى مغاير المعنى الأخرى فان ما سبق هكذا وما يكون شبه عمد في النفس فهو عمد فيما سواها ومعناه أن ما يكون شبه عمد في النفس وهو تعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجري مجرى

(قوله فيحمل الاول على أن المراد به الخ) أقول فيه بحث بل الاول محمول على ما اذا تعمد وانما سقط القصاص في بعض المواضع لتعذر المماثلة وذلك لا يخرج عن العمدية كما اذا قتل الأب ابنه عمدا والثاني ما يعم التعمد وغيره فتدبر اذ الضمير في قوله انما هو عمد أو خطأ عائد الى ما فيما دون النفس من الجناية لا الى شبه عمد كما لا يخفى فلا يخالف الثاني الاول اذ ليس الموضوع فيهما واحدا ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال ليس الموضوع في الموضعين واحدا فانه في الاول شبه العمد وهنا ما يوجد فيما دون النفس من الجناية مطلقا فلا مخالفة حتى يحتاج الى التلفيق وعدم جريان القصاص في بعض صور التعمد لا يخرج الجناية عن العمدية فانه لمانع كما اذا قتل الأب ابنه عمدا فليتأمل (قوله وان لم يمكن القصاص جعل خطأ) أقول بل عمد وسقوط القصاص لمانع (قال المصنف ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس الخ) أقول قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص الحربي منه والمستأمن والنص العام اذا خص منه شئ يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد فخصصناه بما روينا انتهى وفيه أنه يجوز أن يكون خروجهما من هذا الحكم بالنسخ فتأمل ثم قوله فخصصناه بما روينا أراد به ما روي عن عمران بن الحصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض عليه الصلاة والسلام بالقصاص كذا ذكر في الكفاية ونحن نقول لا يخفى أن هذا لا يكفي لتخصيص مواضع النزاع فالمآل القياس

(ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة وهو) أى التفاوت (معلوم قطعا بتقويم الشرع) فان الشرع قوم اليد الواحدة للحر بخمسمائة دينار قطعا و يقينا ولا تبلغ قيمة يد العبد الى ذلك فان بلغت كان بالحزر والظن فلا تكون مساوية ليد الحر يقينا فاذا كان التفاوت معلوما قطعا أمكن اعتباره (بخلاف التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله) فان قيل ان استقام فى الحر والعبد لم يستقم بين العبدين لامكان التساوى فى قيمتهما بتقويم المقومين وأجيب بأن التساوى انما يكون بالحزر والظن والمماثلة المشروطة شرعا لا تثبت بذلك كالمماثلة فى الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل سلمنا وجود التفاوت فى البدل وانه لا يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس

كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغى أن لا يعتبر فيما يسلك به مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا فى المنفعة تنتفى به المماثلة ينبغى أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة فى الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البدل بالاطراف والباقى ظاهر

ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فأمكن اعتباره بخلاف التفاوت فى البطش لانه لا ضابط له فاعتبر أصله وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه (ويجب القصاص فى الاطراف بين المسلم والكافر) للتساوى بينهما فى الارش

السلاح عند أبى حنيفة و بما لا يقتل به غالبا عند أبى يوسف ومحمد والشافعى فهو عمد فيما سوى النفس سواء أمكن القصاص به أو لم يمكن لمانع يمنع عنه فان سقوط القصاص لمانع يقع فى القتل العمد فى النفس كما اذا قتل الاب ابنه عمدا وكما اذا ورث الابن قصاصا على أبيه فلأن يقع فى العمد فى الاطراف أولى ومعنى قوله ههنا انما هو عمد أو خطأ أن الذى كان فيما دون النفس عمد أو خطأ لا أن شبه العمد عمد أو خطأ فان ضمير هو فى قوله انما هو عمد أو خطأ راجع الى ما كان فيما دون النفس لا الى شبه عمد اذ لا مجال لان يكون شبه العمد خطأ لا فى النفس ولا فى الاطراف لان تعمد الضرب معتبر فى مفهوم شبه العمد ولا يتصور ذلك فى الخطأ فاذا كان معنيا الكلامين فى المقامين مختلفين بالوجه الذى ذكرناه فلا احتياج الى توجيه ما سبق بأن المراد به ان أمكن القصاص بل لا وجه له كما تحققته مما قدمناه تبصر (قوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت فى القيمة) قال صاحب الكفاية فان قيل قوله تعالى والعين بالعين والأذن بالأذن مطلق يتناول موضع النزاع فيكون حجة عليكم قلنا قد خص منه الحربى والمستأمن والنص العام اذا خص منه شئ يجوز تخصيصه بخبر الواحد فخصصناه بما روى عن عمران بن حصين أنه قال قطع عبد لقوم فقراء أذن عبد لقوم أغنياء فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص انتهى أقول فيه نظر أما أولا فلانه قد تقرر فى علم الاصول أن النص العام اذا خص منه شئ بكلام مستقل موصول به يكون ذلك العام المخصوص منه البعض ظنيا فى الباقى فيجوز تخصيصه بخبر الواحد وأما اذا أخرج من النص العام شئ بما هو مفصول عنه غير موصول به فلا يكون ذلك ظنيا فى الباقى بل يكون باقيا على حالته الاولى ولا شك أن مخرج الحربى والمستأمن من الآية المذكورة ليس بكلام موصول بها فتكون باقية على قطعيتها الأصلية فلا يجوز تخصيصها بخبر الواحد

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف) أقول وأجاب فى الكفاية بأن شرع القصاص فى الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد عن طرف الحر والذكر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوى فى الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فيمتنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذ رضى به صاحب الحق انتهى وكلامه وكلام الشيخ أكمل الدين محل كلام فتأمل ثم اعلم أن فى ألفاظ الكفاية نوع خفاء يحتاج الى البيان فنقول قوله باعتبار الاصل أى القيمة وقوله منع شرع القصاص الخ يعنى كالأموال الربوية اذا قوبلت بجنسها والمساواة فى القدر غير معلومة وقوله وان كان التساوى فى الاصل ثابتا أى باعتبار القيمة وقوله والتفاوت باعتبار أمر عارض أى كالشلل والصحة (قوله فالواجب أن يعتبر التفاوت المالى مانعا مطلقا والشلل ليس منه) أقول أى ليس من التفاوت المالى (قوله لئلا يلزم أن يكون باذلا) أقول يعنى لقطع الشلاء ألزم القاطع بذل الزيادة فى يده الصحيحة اذا أوجبنا القطع (قوله للزيادة فى الاطراف) أقول على تقدير رضا القاطع بالقصاص وأما بدون رضاه فلا مجال للجبر لانه كالجبر بالغاء الجيد فى مقابلة الردىء (قوله لانه اسقاط) أقول يعنى من المقطوع يده الصحيحة

قال

قال (ومن قطع يد رجل من نصف الساعد أو جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه) لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا قال (واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شئ له غيرها وان شاء أخذ الارش كاملا) لان استيفاء الحق كلا متعذر فله أن يتجوز بدون حقه وله أن يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن أيدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي بالردئ مكان الجيد (ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه أو قطعت ظلما فلا شئ له) عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب عليه الارش لانه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى

وقد مناغير مرة نظير هذا النظر في محاله وأما ثانيا فلان حديث عمران بن حصين انما يفيد عدم جريان القصاص في الاطراف بين العبدين ولا يفيد عدم جريانه فيما بين الرجل والمرأة ولا بين الحر والعبد فبقي الاعتراض باطلاق الآية المذكورة في هاتين الصورتين فلم يتم الجواب والصواب عندي في الجواب أن يقال ان الآية المذكورة اية القصاص والقصاص ينبئ عن المماثلة فالمراد بما في الآية المذكورة ما يمكن فيه المماثلة لا غير كما صرح به صاحب الكشاف في تفسير هاتيك الآية من التنزيل حيث قال ومعناه ما يمكن فيه القصاص وتعرف المساواة وأشار اليه المصنف في صدر هذا الباب حيث قال وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما أمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص ومالا فلا وأشار اليه ههنا أيضا حيث قال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة فلم تكن الآية المذكورة مجراة على ظاهر اطلاقها حتى يكون اطلاقها حجة علينا فيما نحن فيه وكيف يتصور اجراؤها على ظاهر اطلاقها ولا قصاص في العين اذا قلعها بالاجماع لعدم امكان المماثلة في القلع وكذا الحال في قطع اليد أو الرجل من غير المفصل وكذا فيما اذا قطع الحر طرف العبد فظهر أن المدار في وجوب القصاص امكان المماثلة وان معنى النظم الشريف مصروف الى ذلك فاندفع الاعتراض الناشئ من توهم الاطلاق ثم انه بقي في هذا المقام اشكال قوي ذكر في عامة الشروح وهو أن يقال سلمنا وجود التفاوت في القيمة في الاطراف وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه أن يمنع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس ألا يرى أن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل أيضا والشراح كانوا في طريق دفعه طرائق قددا فقال صاحب العناية فالجواب أنا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما يسلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي أن يعتبر فقلنا يعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا يعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البذل بالاطراف انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ماذكره من أن التفاوت المالي يجب أن يعتبر مانعا مطلقا وأما ما ليس تفاوتا ماليا بل موجبا للتفاوت في المنفعة كالشلل فيعتبر مانعا من جهة الاكمل ولا يعتبر مانعا من جهة الانقص تحكم بحت لان العلة التي أقامها على أن الثاني لا يعتبر من جهة الانقص وهي أنه اسقاط والاسقاط جائز في الاطراف دون البذل متمشية بعينها في الاول أيضا اذ لا شك أنه كما يجوز للانسان اسقاط حقه في المنفعة يجوز له اسقاط حقه المالي أيضا بلا تفاوت بينهما فينبغي أن لا يعتبر التفاوت المالي أيضا مانعا من جهة الانقص وأما ثانيا فلان كون الشلل مما لا يوجب التفاوت المالي ممنوع كيف وقيمة اليد تتفاوت بالصحة والشلل قطعا فان الشرع جعل أرش اليد الصحيحة نصف دية النفس وجعل

(قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد) كلامه واضح وقوله (لان حقه متعين في القصاص) لانه لو زال الشلل قبل أن يستوفي الارش لم يكن له الا القصاص وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله أن الواجب أحد الشيئين اما القصاص أو الارش فاذا تعذر أحدهما لفوات محله تعين الآخر

(قال المصنف وان شاء أخذ الارش) أقول هذا هو ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير أنه قال لا يخير فان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة في المحل ولا ينظر الى الصغر والكبر كما في اليد الكبيرة والصغيرة كذا في شرح الكاكي وذكر الزيلعي الفرق في شرح الكنز في مسئلة قطع اليد وقال لم يعتبر ههنا الكبر والصغر في العضو واعتبر في الشجة في الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لا تستوعب رأس الشاج فأثبت للمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحقه من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التي لا تستوعب قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه كل وجه انتهى

قال (ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة مابين قرنيه وهي لا تستوعب مابين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء وان شاء أخذ الارش) لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه مابين قرني الشاج زيادة على مافعل ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه مايلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يخير أيضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الراس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر) وعن أبي يوسف أنه اذا قطع من أصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة (الا أن تقطع الحشفة) لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله أو بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها

أرش اليد الشلاء حكومة عدل كما صرحوا به في الديات وأشار اليه صاحب الغاية ههنا أيضا حيث قال في أثناء تعليل المسئلة التي نحن فيها ولان أرش الاطراف يختلف فصارت كالصحيح والاشل وقال صاحب النهاية في دفع الاشكال المذكور قلنا نعم اذا كان التفاوت بسبب حسي كالشلل وفوات بعض الاصابع فهو كما قلت يعني يمنع استيفاء الا كمل بالأنقص دون العكس فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فانه يمنع استيفاء كل واحد منهما بصاحبه كاليمين مع اليسار وهذا لمعنى وهو أن التفاوت اذا كان لمعنى حسي فمن له الحق اذا رضي بالاستيفاء يجعل مبرئا لبعض حقه مستوفيا لما بقي وذلك جائز ولهذا لا يستوفي الا كمل بالانقص وان رضي به القاطع لانه يكون بالرضا باذلا للزيادة ولا يحل استيفاء الطرف بالبذل فاما اذا كان التفاوت بمعنى حكمي فلا وجه لتمكنه من الاستيفاء منها بطريق اسقاط البعض ولا بطريق البذل انتهى واقتفى أثره صاحب معراج الدراية وصاحب العناية أقول وفيه أيضا بحث اذ الفرق بين التفاوت الحسي وبين التفاوت الحكمي في استيفاء الانقص بالا كمل تحكم أيضا فانه اذا تقرر التفاوت بين الشيئين بالكمال والنقصان فصاحب الا كمل ان رضي بان يستوفي في الانقص من صاحب الانقص بمقابلة الا كمل يصير مسقطا لبعض حقه مستوفيا لما بقي بالضرورة سواء كان سبب ذلك التفاوت أمرا حسيا أو أمرا حكميا وأما صاحب الانقص فان رضي بأن يستوفي منه صاحب الانقص الا كمل بمقابلة الانقص يصير باذلا للزيادة حقه بالضرورة أيضا بلا تفاوت بين كون سبب التفاوت حسيا أو حكميا والبذل في الاطراف غير جائز بلا خلاف وأما اسقاط الحق بالرضا والاختيار فجائز في جميع الامور فلا مجال للفرق المزبور فان قلت السبب الحكمي لا يفيد التفاوت الحقيقي واسقاط البعض وبذل الزيادة فرع التفاوت الحقيقي فهذا مدار الفرق المذكور قلت لا نسلم أن اسقاط بعض الحق وبذل زيادته فرع التفاوت الحسي الحقيقي فان كثيرا من الحقوق الشرعية الغير الحسية يجري فيها الكمال والنقصان فلا جرم يكون الرضا بالناقص منها عند استحقاقه الكامل اسقاطا لبعض الحق ويكون ابقاء الكامل منها بدل الناقص بذلا للزيادة كيف ولو سلم ذلك لزم أن لا يتم أصل دليل المسئلة التي نحن بصددها فان مداره ذلك على انعدام التماثل في الاطراف بتحقق التفاوت الحكمي بينها وقال صاحب الكفاية في دفع ذلك الاشكال قلنا شرع القصاص في الاصل يعتمد المساواة فان كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل كنقصان طرف الانثى والعبد من طرف الذكر والحر منع شرع القصاص لانتفاء محله وان كان التساوي في الاصل ثابتا والتفاوت باعتبار أمر عارض كان القصاص مشروعا فمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضي به صاحب الحق انتهى ويقرب

وقوله (ومن شج رجلا) قد قررناه في الفرق بينه وبين من قطع يد رجل ويد القاطع أكبر من يده فلا حاجة الى اعادته وقوله (وفي عكسه يخير أيضا) وهو أن يكون رأس المشجوج أكبر من رأس الشاج لانه ان استوفى المشجوج مثل حقه مساحة كان أزيد في الشين من الاول وان اقتصر على مايكون مثل الاول في الشين كان دون حقه فيتخير بين الاقتصاص وأخذ الارش والباقي الى اخره ظاهر

(قال المصنف لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط) أقول يعني لا لكونها مفوتة للمنفعة اذ ليس فيها تفويت المنفعة كما في قطع اليد ففيه اشارة الى الفرق بينهما فتأمل

﴿فصل﴾ قال (واذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا) لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية على ماقيل نزلت الآية فى الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على مابيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضى والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل فى أمثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها ماوجبت بالعقد قال (وان كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان) لان عقد الصلح أضيف اليهما (واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية)

﴿فصل﴾ لما كان تصوّر الصلح بعد تصوّر الجناية وموجبها أتبعه ذلك فى فصل على حدة (اذا اصطلح القاتل وأولياء المقتول عن القصاص على مال سقط القصاص ووجب المال المسمى قليلا كان أو كثيرا زائدا على مقدار الدية لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية على ماقيل انها نزلت فى الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق للام فان عفا اذا استعمل باللام كان معناه البدل أى فمن أعطى من جهة أخيه المقتول شيأ من المال بطريق الصلح فاتباع أى فمن أعطى وهو ولى القتل مطالبة بدل الصلح عن مجاملة وحسن معاملة وانما قال على ماقيل لان أكثر المفسرين على أنها فى عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شئ فانه يراد به البعض وتقريره فمن عفى عنه وهو القاتل من أخيه فى الدين وهو المقتول شئ من القصاص بان كان للقتيل أولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث وهو مروى عن عمر وابن عباس وابن مسعود رضى الله عنهم فاتباع بالمعروف أى فليتبع غير العافى بطلب حصته بقدر حقه وليؤدّ القاتل اليه حقه وافيا من غير نقص ولقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان شاؤا قادوا وان شاؤا أخذوا الدية قال المصنف رحمه الله (والمراد والله أعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه) يعنى أنه ليس للولى العدول الى المال الا برضا القاتل وهو الصلح بعينه والباقى ظاهر وقوله (نص مقدر) بكسر الدال وقوله (كالخلع وغيره) يعنى كالاعتاق على مال

من هذا رأى تاج الشريعة فى الفرق بين المسئلتين أقول وفيه أيضا بحث لانه ان أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة بحسب الاصل ولا اعتبار التفاوت بحسب أمر عارض يلزم أن يجوز استيفاء الكامل وهو الصحيح بالناقص وهو الاشل كما يجوز عكسه لانهما متساويان بحسب أصل الخلقة والتفاوت بينهما بحسب أمر عارض وهو الشلل مع أنه لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص بلا ريب وان أريد أن شرع القصاص يعتمد المساواة من كل الوجوه لكن يجوز استيفاء الناقص بالكامل اذا رضى صاحب الحق به لرضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه لا لتحقق المساواة المعتبرة فى شرع القصاص فمع اباء عبارة الجواب المذكور عنه جدا يلزم أن يجوز استيفاء طرف المرأة بطرف الرجل أيضا اذا رضى الرجل به لوجود رضا صاحب الحق باسقاط بعض حقه فى هاتيك الصورة أيضا مع أنه لا يجوز عندنا أصلا فتأمل حق التأمل فلعل حل هذا المقام على وجه يرتفع به الاشكال عنه بالمرة مما تسكب فيه العبرات

﴿فصل﴾ قال فى العناية لما كان تصور الصلح بعد تصور الجناية وموجبها أتبعه ذلك فى فصل على حدة انتهى أقول فيه كلام أما أوّلا فلان الصلح عن القصاص مسئلة واحدة من مسائل هذا الفصل وبيان وجه اتباع هذه المسئلة وحدها لا يكفى فى اتباع جميع ما شمله هذا الفصل من المسائل الكثيرة المختلفة كما ترى وأما ثانيا فلان كون تصور الصلح عن الجناية بعد تصور الجناية وموجبها انما يقتضى مجرد اتباعه ذلك وتأخيره عنه لا ذكره فى فصل على حدة فما معنى قوله فى تالى الشرطية المذكورة أتبعه ذلك فى فصل على حدة (قوله ولأنه حق ثابت للورثة يجرى فيه الاسقاط عفوا فكذلك تعويضا) أقول لقائل أن يقول لا يلزم من جريان الاسقاط عفوا فى شئ جريانه تعويضا أيضا فيه ألا يرى أن للشفيع اسقاط حق شفعته بلا عوض بعد أن ثبت له حق الشفعة ولا يصح أن يصالح عن حق شفعته على مال كما مر فى كتاب الصلح فليتأمل فى الدفع (قوله واذا عفا أحد الشركاء من الدم أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية) أقول فى عبارة الكتاب ههنا فتور من وجوه الاول أن كلمة عفا تعدى بعن وقد عداها فى الكتاب بمن حيث قال من الدم والثانى أنه يقال صالح عن كذا على عوض وذكر فى الكتاب كلمة من موضع كلمة عن حيث قال أو صالح من نصيبه على عوض والثالث أن عبارة النصيب فى قوله أو صالح من نصيبه توهم تجزى

﴿فصل﴾ واذا اصطلح القاتل (قوله فانه يراد به البعض) أقول يوهم تجزى القصاص

وقوله (خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين) قال في النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على خلاف مالك في الدية خاصة وان الشافعي يقول النساء لا تستوفي القصاص ولهن

حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكر في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله وقوله (لهما أن الوراثة خلافة) يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر شيأ وهو باطل ولكن يحمل على أن معناه الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا السبب لانقطاعه بالموت والقصاص والدية انما يجبان بعد الموت وقلنا انه فاسد بالنقل والعقل أما الاول فحديث امرأة أشيم الضبابي بكسر الضاد المعجمة كما ذكره في الكتاب وأما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة

(قوله وان الشافعي يقول النساء لا تستوفي القصاص الخ) أقول هذا وجه الشافعي وما ذكره المصنف في القصاص وجه أخذ كر ذلك في كتبهم والصحيح مقابلهما (قوله والمشهور من مذهبهما ما نقله) أقول بل الصحيح من مذهب الشافعي ثبوت حق القصاص والدية لكل وارث كما هو مذهبنا ولانه صرح في كتبهم (قوله وقوله لهما أن الوراثة خلافة يستلزم عدم توريث أحد الزوجين من الآخر) أقول ولا المولى المعتق وعصبته لكن لهما أن يقولا القياس عدم التوريث والتوريث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما ملكه المورث وتركه فيقتصر على مورده (قوله الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه الخ) أقول قوله وهي راجع الى الوراثة وضمير فيه راجع الى ما في قوله فيما يجب

وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما أن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم

القصاص لان النصيب هو الحصة وقد تقرر فيما مر أن القصاص غير متجزئ فيثبت كملا لكل واحد من أولياء القتيل فالاظهر في وضع هذه المسئلة أن يقال واذا عفا أحد الشركاء عن الدم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية والتعبير بالنصيب انما أصاب المحز في قوله وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الاموال فكان لكل واحد منهم نصيب منها بقدر حقه من الارث وأما حق التعبير في شأن القصاص فان يذكر لفظ الحق بدل لفظ النصيب كما نبهنا عليه ومن هذا قال المصنف عند تقرير دليلنا على هذه المسئلة ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ (قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين) قال صاحب النهاية هذا اللفظ كما ترى يدل على أنه ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما ونقل عن المبسوط والايضاح والاسرار ما يدل على أن خلاف مالك في الزوجين في الدية خاصة وأما في حق القصاص ففيه خلاف ابن أبي ليلى في الزوجين ونقل عن الاسرار أن الشافعي يقول لا حظ للنساء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو ثم قال وبهذا يعلم أن ما ذكره في الكتاب من أنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية عند مالك والشافعي مخالف لرواية المبسوط والايضاح والاسرار أقول فيه نظر لان ما ذكر في الكتاب انما يكون مخالفا لرواية تلك الكتب لو كان معناه أنه لا حق للزوجين في القصاص والدية جميعا عند مالك والشافعي وهو غير مسلم لجواز أن يكون قول المصنف خلافا لمالك والشافعي في الزوجين متعلقا بقوله وكذا الدية وحده لا بمجموع قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية ولا يخلو عن نوع ارشاد اليه فصل قوله وكذا الدية بذكر لفظة كذا اذ لو كان مراده الجمع بين القصاص والدية في بيان الخلاف أيضا لقال وأصل هذا أن القصاص والدية حق جميع الورثة خلافا لمالك والشافعي في الزوجين وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قوله خلافا لمالك والشافعي في الزوجين فعندهما لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيأ لان وجوبه بعد الموت والزوجية تنقطع به انتهى حيث لم يتعرض للقصاص في شرح ذلك ويوافقه تحرير صاحب الكافي ههنا حيث قال والاصل أن القصاص حق الورثة وكذا الدية وقال مالك والشافعي لا يرث الزوجان من الدية شيأ انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وهو مؤاخذة ضعيفة لانه لا يلزم من المخالفة لها عدم صحة ما نقله والمشهور من مذهبهما ما نقله انتهى أقول بل ما ذكره نفسه ضعيف لان صاحب النهاية لم يدع عدم صحة ما في الكتاب بالكلية بل أراد بيان مخالفته لما في الكتب الثلاثة المعتبرة المقبولة بين الفقهاء لاسيما المبسوط والاسرار فان صاحبيهما من أساطين الائمة ولا نسلم أن المشهور من مذهب مالك والشافعي أن ليس للزوجين حق في القصاص والدية جميعا بل المشهور من مذهبهما ما ذكر في تلك الكتب فالاوجه التوفيق بين ما ذكر فيها وبين ما ذكر في الكتاب بما نبهنا عليه آنفا (قوله ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم) أقول

ولا يقع للميت الا بأن يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت ألا ترى أنه اذا أوصى بثلث ماله دخلت ديته فيها وتقضى منه ديونه وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث وكفى به قدوة واذا ثبت ذلك فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والعفو والباقي واضح وقوله (لان الواجب نصف الدية) يعني بالعفو فيكون في السنة الاولى الثلث وفي الثانية السدس كما اذا قطع يد انسان خطأ وقلنا الواجب بعض بدل الدم لا بدل الجزء وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذا بعضه كالالف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك وقوله (والواجب في اليد) جواب اعتباره وهو واضح

ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزأ بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لان الواجب هنالك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع بمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه أسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين الشريكين وعفا أحدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد

فيه شيء وهو أن هذا الدليل لا يفيد تمام المدعى ههنا فانه انما يدل على ثبوت الاستحقاق بالزوجية في حق الدية ولا يدل على ثبوت ذلك في حق القصاص والعمدة ههنا هو الثاني وانما ذكر الآخر استطرادا كما ترى (قوله ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة) أقول فيه أيضا شيء وهو أن هذا التعليل وان كان يتمشى في القصاص أيضا الا أنه لا يتمشى فيه على أصل أبي حنيفة وانما يتمشى فيه على أصل أبي يوسف ومحمد فانه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص طريقه طريق الوراثة عندهما كالدين والدية وأما عنده فطريقه طريق الخلافة دون الوراثة فلا يصح أن يقال من قبله انه حق يجري فيه الارث مع أن المدعى ههنا وهو قوله وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية مما اتفق عليه أئمتنا قاطبة فكيف يتم تعليل المتفق عليه بالمختلف فيه وقول المصنف في تتمته حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن لا يجدي نفعا لانه انما يدل على جريان الارث فيه من غير المقتول ولا كلام فيه اذ لا خلاف فيه بين أئمتنا الثلاثة فان حق القصاص هنالك يثبت عندهم جميعا للمورث الغير المقتول قبل موته وارثه من المقتول عندهما وخلافة عنه لا وراثة عند أبي حنيفة بخلاف المقتول فان حق القصاص لا يثبت له قبل موته عنده بل انما يثبت عنده بعد موته لورثته ابتداء لتشفي الصدور كما ستطلع على تفصيله في بابه والكلام ههنا في ورثة نفس المقتول فلا يتم التقريب على أصله فليتأمل ثم ان صاحب العناية قال في شرح هذا التعليل وأما الثاني فلانهما موروثان كسائر الاموال بالاتفاق فيجب أن يكونا في حق الزوجين كذلك لان وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بأن يسند الوجوب الى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الاموال في ثبوتهما قبل الموت انتهى أقول قد زاد هذا الشارح ههنا نغمة في الطنبور حيث زاد فسادا على فساد لانه مع اتيانه في تضاعيف شرحه بما يقرر أن لا يتم هذا التعليل على أصل أبي حنيفة وهو قوله لان وجوبهما أولا للميت ثم يثبت للورثة صرح بانهما يعني القصاص والدية موروثان كسائر الاموال بالاتفاق وقد عرفت أن القصاص ليس بموروث من المقتول عند أبي حنيفة بخلاف سائر الاموال فالتصريح بالاتفاق فساد فوق فساد والله الهادي الى سبيل

(قال المصنف لانه لا يتجزأ) أقول فيه بحث لان قضية عدم التجزي أن يسقط في حق العافي كلا كثبوته له كلا ولا يستلزم ذلك سقوط حق الباقين الا أن يقال لما كان الحق واحدا أورث سقوطه في حق البعض شبهة السقوط في حق الباقين لثبوته من وجه دون وجه فليتأمل و يمكن توجيه كلام المصنف بذلك (قوله كالألف المؤجلة الى ثلاث سنين فان كل درهم منها كذلك) أقول فيه شيء جوابه سهل

قال (واذاقتل جماعة واحدا الخ) اذا تعدد القاتل اقتص من جميعهم والقياس لا يقتضيه لانتفاء المساواة لكنه ترك بما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم والتمالؤ التعاون وصنعاء اليمن قصبتها وروى عن علي رضي الله عنه أنه قتل ثلاثة بواحد وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قتل جماعة بواحد وكانت الصحابة رضي الله عنهم متوافرين ولم ينكر عليهم أحد فحل محل الاجماع ولان القتل بطريق التغالب غالب فان القتل بغير حق لا يتحقق غالبا الا بالاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد وما غلب وقوعه من الفساد وجب مزجرة فيجب القصاص تحقيقا لحكمة الاحياء فانه لو لم يجب لما عجز المفسد عن أن يجمع عليه أمثاله ويقتل لعلمه أن لاقصاص فيؤدي الى سد باب القصاص ولقائل أن يقول ماذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع (٢٧٨) عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد واذا كانت المسئلة بالعكس وحضر أولياء المقتولين قتل بجماعتهم كما ذكر في الكتاب

قال (واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم) لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء (واذا قتل واحد جماعة فحضر أولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شئ لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين)

الرشاد (قوله واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر فيه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) قال صاحب النهاية هذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يلزمهم القصاص لان المعتبر في القصاص المساواة لما في الزيادة من الظلم على المعتدي وفي النقصان من البخس بحق المعتدى عليه ولا مساواة بين العشرة والواحد هذا شئ يعلم ببداهة العقل فالواحد من العشرة يكون مثلا للواحد فكيف تكون العشرة مثلا للواحد وأيد هذا القياس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس ولكن تركنا هذا القياس لما روى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا فقضى عمر رضي الله عنه بالقصاص عليهم وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به انتهى كلامه أقول فيه بحث لانه صرح بأن هذا القياس مؤيد بقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال في بيانه وذلك ينفي مقابلة النفوس بنفس فعلى ذلك يلزم من ترك هذا القياس ترك العمل بمدلول الآية المذكورة وذلك لا يجوز بما روى عن عمر رضي الله عنه لان عمر رضي الله عنه ان كان منفردا في قضائه وقوله المزبورين فظاهر لان قول صحابي واحد وفعله لا يصلحان للمعارضة لكتاب الله تعالى فضلا عن الرجحان عليه وان انضم اليه اجماع الصحابة حيث كانوا متوافرين ولم ينكر عليه أحد منهم فحل محل الاجماع كما صرح به في العناية وغيرها فكذلك اذ قد تقرر في علم أصول الفقه أن الاجماع لا يكون ناسخا للكتاب ولا السنة كما لا يكون القياس ناسخا لشئ منهما فالحق في أسلوب تحرير هذا المقام أن لا يتعرض لحديث كون الآية المذكورة مؤيدة لما في مقتضى القياس في هذه المسئلة وأن يبين عدم المنافاة بين مدلول تلك الآية وبين جواب الاستحسان ههنا وسيجيء منا الكلام في التوفيق بينهما بعيد هذا القول (قوله ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) قال صاحب العناية لقائل أن يقول ماذكرتم من المعقول ان لم يكن قياسا على مجمع عليه لا يكون معتبرا في الشرع وان كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه المؤيد بقوله تعالى ان النفس بالنفس

قال المصنف (واذا قتل جماعة واحدا اقتص من جماعتهم لقول عمر لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم) أقول فان قيل لم يستدل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى قلنا لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد تأمل ثم في قوله لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم بحث لانه يجوز أن يكون بطريق السياسة بقرينة الاضافة الى نفسه كما سبق في باب ما يوجب القصاص وقال قال المصنف (ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء) أقول تقرير الدليل القتل بطريق التغالب فساد غالب وكل فساد غالب يحتاج الى مزجرة للسفهاء فالقتل بطريق التغالب يحتاج الى مزجرة ومزجرة القتل العمد هو القصاص (قوله لا يكون معتبرا في الشرع) أقول لان العقوبات لا تثبت الا بمثل هذه الأقيسة (قوله وان كان فلا يربو على القياس المقتضي لعدمه) أقول وهو انتفاء المماثلة والمساواة (قوله وقوله تعالى أن النفس بالنفس لا ينافيه لأنهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد) أقول ويجوز أن يقال لما أضيف ازهاق الروح الى كل واحد منهم كملا كان المقتول كأنه أشخاص متعددة ولعل هذا أنسب وأظهر بما ذكره الشارح ألا يرى الى قوله ولنا أن كل واحد قاتل بوصف الكمال الخ

وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا أنه عرف بالشرع ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ هو لا يتجزأ

والجواب أنه قياس على سائر أبواب العقوبات المترتبة على ما يوجب الفساد من أفعال العباد ويربو على ذلك بقوة أثره الباطن وهو احياء حكمة الاحياء وقوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافيه لانهم في ازهاق الروح الغير المتجزئ كشخص واحد انتهى كلامه أقول فيه نظر لان جعل الاشخاص المتعددة الذوات في الحقيقة كشخص واحد بمجرد صدور ازهاق الروح الغير المتجزئ عن مجموعهم وجعلهم مساوين لشخص واحد بحيث يتحقق بين ذلك الشخص الواحد وبين هؤلاء الجماعة مماثلة معتبرة في القصاص بعيد جدا عن مساعدة العقل والنقل وأيضا ينافي هذا ما سيأتي في تعليل المسئلة الآتية من أن الاصل عند أئمتنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فكان الصادر منهم بهذا الاعتبار قتلات متعددة على عدد رؤسهم فحصلت المماثلة المعتبرة في القصاص والحق عندي هنا أن يقال ان قوله تعالى ان النفس بالنفس لا ينافي ما قالوا في هذه المسئلة اذ لا دلالة فيه على اعتبار الوحدة في النفس بل فيه مجرد مقابلة جنس النفس بجنس النفس كما ترى والمقصود منه الاحتراز عن أن يقتص النفس بغير النفس كما في قوله تعالى والعين بالعين والانف بالانف ونحوهما وأما أنه هل تتحقق المماثلة المعتبرة في القصاص عند تعدد النفس في جانب القاتل أو المقتول فانما يستفاد ذلك من دليل آخر ألا يرى أن العين اليمنى لا تقتص بالعين اليسرى وكذا العكس مع أن قوله تعالى والعين بالعين لا يدل عليه نظرا الى ظاهر اطلاقه بل انما يستفاد ذلك من دليل آخر فكذا هنا فتبصر (قوله ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل أصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص) أقول فيه اشكال أما أولا فلان كون كل واحد منهم قاتلا بوصف الكمال أمر متعذر لاستلزامه توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص وهو محال كما تقرر في موضعه وأما ثانيا فلان شراح الكتاب وغيرهم صرحوا في الفصل الاول بأن جواب المسئلة جواب الاستحسان والقياس لا يقتضيه لان المعتبر في القصاص المماثلة ولا مماثلة بين الواحد والجماعة قطعا بل بديهة لكنا تركنا القياس باجماع الصحابة على قتل جماعة بواحد فالقول ههنا بتحقق التماثل في الفصل الاول أيضا ينافي ذلك اذ يلزم حينئذ أن يكون جواب المسئلة هنالك جواب القياس والاستحسان معا فان قلت ليس المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال حقيقة بل المراد أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال في اعتبار الشرع تحقيقا للمماثلة المعتبرة في القصاص فيحصل الجواب عن وجهي الاشكال معا قلت توارد العلتين المستقلتين بالاجتماع على معلول واحد بالشخص ممتنع عقلي واعتبار الشرع ما هو ممتنع الوقوع واقعا مما لا وقوع له في شئ ولو فرضنا وقوعه لا يظهر له فائدة فيما نحن فيه لانهم صرحوا بأن شرع المماثلة في القصاص لئلا يلزم الظلم على المعتدي على تقدير الزيادة ولئلا يلزم البخس لحق المعتدى عليه على تقدير النقصان ولا شك أن الظلم والبخس انما يندفعان بتحقق المماثلة الحقيقية وأما في مجرد اعتبار غير المماثل مماثلا فلا يخلو الأمر عن الظلم أو البخس حقيقة وهذا غير واقع بل غير جائز في أحكام الشرع (قوله ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد منهم اذ هو لا يتجزأ) أقول لقائل أن يقول حاصل هذا الدليل بيان وجه قوله في الدليل الاول ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فلا وجه لجعله دليلا مستقلا معطوفا على الدليل الاول بقوله ولانه وجد من كل واحد الخ ثم ان صاحب العناية

(وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالاول منهم ويجب المال للباقين) يعني ان قتلهم على التعاقب وان قتلهم جملة أو جهل الاول قتل بهم وقسم الديات بينهم أو يقرع وقوله (وهو القياس في الفصل الاول) وهو ما اذا قتل جمعة واحدا (الا أنه عرف بالشرع) يريد قضية عمر رضي الله عنه (ولنا أن كل واحد منهم) أي من أولياء القتلى (قاتل قصاصا بوصف الكمال لانه لا يتجزأ أصله الفصل الاول) فان الجماعة تقتل بالواحد اتفاقا ولو لم يكن بينهما مماثلة لما جاز ذلك واذا كانت الجماعة مثلا للواحد كان العكس كذلك لان المماثلة بين الشيئين انما تكون من الجانبين قوله (ولانه وجد من كل واحد منهم جرح الخ) يعني أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث انه لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لا بد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها توزيعا أو كملا والاول باطل لعدم التجزي فتعين الثاني ولهذا اذا حلف جماعة كل منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا

قال المصنف (ولانه وجد من كل واحد جرح صالح للازهاق) أقول هذا الوجه تفصيل وشرح للوجه الاول كما لا يخفى

ولان القصاص شرع مع المنافى لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به قال (ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص) لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجانى ويتأتى فيه خلاف الشافعى اذا واجب أحدهما عنده قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية) وقال الشافعى تقطع يداهما والمفروض اذا أخذا سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالانفس والايدى تابعة لها فأخذت حكمها أو يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتماديهما والمحل متجزئ فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزأ ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل فى حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال (وعليهما نصف الدية) لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها (وان قطع واحد يمينى رجلين فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقسمانه نصفين سواء قطعهما معا أو على التعاقب) وقال الشافعى فى التعاقب يقطع بالاول وفى القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثانى كالرهن بعد الرهن وفى القران اليد الواحدة لا تفى بالحقين فترجح بالقرعة ولنا أنهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى حكمه كالغريمين فى التركة

قال فى شرح هذا الدليل يعنى أن القتل جرح صالح لازهاق الروح وقد وجد من كل واحد منهم بحيث لو انفرد عن الباقين كان قاتلا بصفة الكمال والحكم اذا حصل عقيب علل لابد من الاضافة اليها فاما أن يضاف اليها توزيعا أو كملا والاول باطل لعدم التجزى فتعين الثانى ولهذا لو حلف جماعة كل واحد منهم أن لا يقتل فلانا فاجتمعوا على قتله حنثوا انتهى أقول فيه نظر لانه لا يلزم من أن لا يجوز اضافة القتل الى تلك العلل توزيعا بناء على أن القتل لا يتجزأ تعين أن يضاف الى كل واحد منهم كملا بل يجوز أن يضاف كملا الى مجموع تلك العلل من حيث هى مجموع بل هو الظاهر لئلا يلزم توارد العلل المستقلة بالاجتماع على معلول واحد بالشخص فحينئذ لا يتم المطلوب كما لا يخفى ويمكن توجيه مسئلة الحلف بأن مدار الايمان على العرف كما صرحوا به فى محله فاذا اجتمعت جماعة على قتل رجل ووجد من كل واحد منهم جرح صالح لازهاق الروح يقال لكل واحد منهم فى العرف انه قتل فلانا وان كان القتل فى الحقيقة كملا مضافا الى مجموعهم من حيث هو مجموع فجاز أن يكون بناء حنث كل واحد منهم فى مسئلة الحلف على العرف وأما القصاص فالمعتبر فيه الحقيقة لا غير ثم أقول كل واحد من ذينك الدليلين المذكورين فى الكتاب انما يتمشيان فيما اذا حضر أولياء المقتولين وقتلوا القاتل جملة وأما فيما اذا حضر واحد منهم وقتل القاتل وحده فسقط حق الباقين كما ذكر أيضا فى الكتاب فلا تمشية لشئ منهما اذ لا يتصور أن يقال لاحد من الباقين الغير الحاضرين الذين لم يباشروا القتل أصلا انه قاتل فضلا عن أن يقال له انه قاتل بوصف الكمال وكذا لا يتصور أن يقال لاحد منهم انه وجد منه جرح صالح للازهاق فينبغى أن يجب للباقين المال فى هذه الصورة فليتأمل (قوله ولان القصاص شرع مع المنافى لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به) أقول فيه كلام وهو أن تحقيق الاحياء حكمة القصاص وبمجرد حصول حكمته لا يتم أمره بل لابد من حصول شرائطه أيضا ومن جملتها المماثلة ألا يرى أنه لا يقتل المسلم ولا الذمى بالمستأمن وكذا لا يقتل أحد بولده ولا بولد ولده ولا بعبده

(ومن وجب عليه القصاص) ظاهر قال (واذا قطع رجلان يد رجل واحد الخ) تعدد الجانى فى الاطراف ليس كتعدده فى النفس عندنا فاذا قطعا يدا فلا قصاص أصلا وقال الشافعى رحمه الله ان وضع أحدهما السكين من جانب والآخر من آخر وأمراه حتى التقى السكينان فالحكم كذلك لان كلا منهما لم يقطع الا بعض اليد فلا يقطع به كل يده وان أخذا سكينا وأمراها على يده حتى انقطعت قطعت أيديهما اعتبارا بالانفس اما لكونها تابعة لها واما أن يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كلا منهما قاطع بعض اليد سواء كان المحل متحدا أو مختلفا لانا نعلم أن ما انقطع بفعل أحدهما لم ينقطع بفعل الآخر وقاطع بعض اليد لا يقطع كل يده قصاصا لانتفاء المماثلة وهذا لان المحل متجزئ فان قطع بعض وترك بعض متصور فلا يمكن أن يجعل كل واحد فاعلا بكماله بخلاف النفس فان الازهاق لا يتجزأ وقد مر والباقى ظاهر وقوله (وان قطع واحد يمينى رجلين) قيد بذلك لانه لو قطع يمين أحدهما ويسار الآخر قطعت يداه لا يقال تنتفى المماثلة حينئذ لانه ما فوت على كل واحد منهما جنس المنفعة وهما فوتاه عليه لان المعتبر فى حق كل واحد ما استوفاه وليس فى ذلك تفويت جنس المنفعة ولا زيادة على حقه والقصاص

قوله (والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافى) يعنى لان من عليه القصاص حر جواب عن قوله لان اليد استحقها الاول وتقريره ان القصاص ملك الفعل ثبت ضرورة الاستيفاء فلا يتعدى الى شغل المحل الخالى بتحرزته عنه واذا لم يكن المحل مشغولا لم يمنع عن ثبوت الثانى بخلاف الرهن لان الحق فى المحل لكونه مملوكا وقوله (ولتردد حق الآخر) يعنى أن حق الحاضر ثابت فى اليد ومزاحمة الآخر له فى الاستيفاء موهومة عسى أن يعفو أولا يحضر فلا يؤخر المعلوم للموهوم كأحد الشفيعين اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له كذلك وقوله (لانه أوفى به حقا مستحقا) يعنى أنه اذا قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالأرش وقوله (واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وانما قيد بالعمد لانه لو أقر بالخطا لا يجوز سواء كان مأذونا أو محجورا أما المحجور فظاهر وأما المأذون فلانه ليس من التجارة وقوله (حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص) (٣٨١) توضيح لبقائه على الحرية وكل مالا يصح اقرار المولى على العبد فيه فهو فيه بمنزلة الحر ولهذا وقع طلاق زوجته بالاقرار لوقوعه بالايقاع واذا أقر بسبب يوجب الحد يؤخذ به وقوله (والفعل يتعدد بتعدد الاثر) قيل فان الرمى اذا أصاب حيوانا ومزق جلده سمى جرحا وان قتله سمى قتلا وان أصاب الكوز وكسره سمى كسرا فكذلك يجوز أن يكون بالنسبة الى محل عمدا و بالنسبة الى آخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين والاولى أن يقال معناه أن الفعل يوصف بوصفين متضادين بالنسبة الى أمرين

كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة بالنسبة الى حركة و بالبطء بالنسبة الى أخرى فكذا هذا الفعل يوصف بالعمد نظرا الى قصده بالنسبة الى الشخص الاول و بالخطا نظرا الى عدمه بالنسبة الى الثانى ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الا مرا دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية فى انسان مخالف لظن الجانى كمن رمى الى شئ يظنه صيدا فاذا هو انسان أو لقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فاصاب انسانا وكالذى نحن فيه والرمى بالنسبة الى المخالف لهما كالرمى لا الى معين وذلك مباح لا محالة وانما قلنا مطلقا ليخرج من قصد قطع يد رجل بسيف فأصاب عنقه ومات فانه عمد لانه ليس بمخالف للمقصود من كل وجه فان قطع اليد قد يكون قتلا بالسراية بخلاف ما اذا قصد ذلك فأصاب رقبة غيره فحزها أو رمى الى شخص فأصاب غيره فمات فان ذلك خطأ لان قطع يد رجل أو قتله لا يكون قتلا لغيره فكان مخالفا من كل وجه

والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافى فلا يظهر الا فى حق الاستيفاء أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثانى بخلاف الرهن لان الحق ثابت فى المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينهما على التعاقب فتستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر أن يستوفى لثبوت حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر فى الدية لانه أوفى به حقا مستحقا قال (واذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود) وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقى حق المولى بالابطال فصار كما اذا أقر بالمال ولنا أنه غير متهم فيه لانه مضربه فيقبل ولان العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالادمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به (ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثانى على عاقلته) لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر

ولا عدبره ولا مكاتبه الى غير ذلك مع أن حصول تحقيق الاحياء متصور فى جميع ذلك وانما لا يجب القصاص فى تلك الصور لانتفاء بعض شرائطه أو لتحقق بعض موانعه وعند أن قال الشافعى فيما نحن فيه ان الموجود من الواحد قتلات والذى تحقق فى حقه قتل واحد فلم يوجد التماثل الذى هو مبنى القصاص كيف يتم أن يقال فى مقابلته قد حصل تحقيق الاحياء بقتله فاكتفى به ولعل صاحب الكافى فهم ضعف هذا التعليل حيث ترك ذكره مع كون عادته أن يقتفى أثر صاحب الهدايه (قوله لان الاول عمد والثانى أحد نوعى الخطا) قال صاحب الغاية وهو خطأ فى القصد أقول هذا خبط ظاهر اذ قدمر فى الكتاب أن الخطأ على نوعين خطأ فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطأ فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن فيه من قبيل الثانى دون الاول ومن البين فيه قول المصنف هنا كأنه رمى الى صيد فأصاب آدميا (قوله والفعل يتعدد بتعدد الأثر) قال صاحب العناية قيل فان الرمى اذا أصاب حيوانا ومزق جلده سمى جرحا وان قتله سمى قتلا وان أصاب الكوز وكسره سمى كسرا فكذلك يجوز أن يكون

(قوله كالحركة مثلا فانه يجوز أن توصف بالسرعة الخ) أقول السرعة والبطء من الاعراض النسبية ولا كذلك العمد والخطأ (قوله وهو لا يكون الا مرادا ئرا الخ) أقول قوله هو راجع الى قوله سببا (قوله أو لقصده مطلقا الى قوله والرمى بالنسبة الى المخالف لهما) أقول قوله أو لقصده معطوف على قوله لظن الجانى وقوله لهما ناظر الى الظن والقصد فى قوله لظن الجانى وفى قوله أو لقصده مطلقا

﴿فصل﴾ قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا)

بالنسبة الى محل عمدا وبالنسبة الى اخر خطأ وفيه نظر لان ذلك تسمية الفعل الواحد بأسام مختلفة بالنسبة الى المحال ولا نزاع فيه وانما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن ماذكره ذلك القائل تسمية الفعل الواحد بحيثيات انضمام قيود مختلفة وأوصاف متضادة اليه بأسام مختلفة لا تسمية ذلك الفعل الواحد من حيث هو فعل واحد بتلك الاسامى المختلفة ألا يرى أن الرمى من حيث انه أصاب الكوز لا يسمى جرحا ولا قتلا بل يسمى كسرا وكذا من حيث انه أصاب حيوانا ومزق جلده أو قتله لا يسمى كسرا بل يسمى جرحا أو قتلا واذا تقرر أن اختلاف تلك الاسامى باختلاف الاوصاف المنضمة الى ذلك الفعل تقرر اختلاف مسميات تلك الاسامى أيضا فكان مناسبا لما نحن فيه مفيدا له ثم ان قوله وانما الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد فيصير فعلين متضادين ان أراد به أن الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد بحسب الذات بحيث يصير فعلين مختلفين فى الحقيقة فلا نسلم أن الكلام فيه بل لا نسلم امكان ذلك وان أراد به أن الكلام فى أن يتعدد الفعل الواحد بتعدد الاوصاف المتضادة المنضمة اليه فهو مسلم لكن هذا التعدد يحصل قطعا بتعدد الاسامى تعددا ناشئا من تعدد المسميات بالحيثيات المختلفة كما هو الواقع ومراد ذلك القائل كما عرفت آنفا ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول الخطأ يستلزم اباحة لكونه سببا للكفارة وهو لا يكون الأمر دائرا بين الحظر والاباحة ولم يوجد هنا والجواب أن الخطأ هو تحقق الجناية فى انسان مخالف لظن الجانى كمن رمى الى شئ يظنه صيدا فاذا هو انسان أولقصده مطلقا كمن رمى الى هدف فأصاب انسانا وكالذى نحن فيه والرمى بالنسبة الى المخالف لهما كالرمى لا الى معين وذلك مباح لا محالة انتهى أقول فى تحرير جوابه نوع خلل فان تمثيل قوله أولقصده مطلقا بقوله كمن رمى الى هدف فأصاب انسانا وكالذى نحن فيه يشعر بأن تكون الاصابة لانسان عند الرمى الى هدف وكذا ما نحن فيه من قبيل الخطا فى القصد وليس كذلك قطعا اذ كل منهما من قبيل الخطا فى الفعل كما بينا من قبل

﴿فصل فى حكم الفعلين﴾ لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر فى هذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد كذا فى الشروح (قوله ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده الخ) أقول لقائل أن يقول اذا اختلف حكم الفعلين بأن يكون أحدهما عمدا والآخر خطأ يعطى كل واحد حكم نفسه سواء تخلل بينهما البرء أو لم يتخلل كما سينكشف فى الاصل الآتى ذكره فيكون قوله قبل أن تبرأ يده فى وضع هذه المسئلة مستدركا لتمام جوابها وهو أن يؤخذ بالامرين جميعا بدون ذكر ذلك القيد بل يوهم ذكره أن لا يكون الجواب كذلك فيما بعد أن تبرأ يده بناء على أن تخصيص الشئ بالذكر فى الروايات يدل على نفى الحكم عما عداه كما صرحوا به وعن هذا قال فى وضع المسئلة الثانية أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ بدون ذكر ذلك القيد ثم أقول يمكن أن يقال فائدة ذكر ذلك القيد فى المسئلة الاولى التنبيه من أول الامر على أن تخلل البرء ليس بمؤثر فيما اذا اختلف الفعلان فانه اذا أعطى كل واحد منهما حكم نفسه فيما اذا لم يتخلل البرء ففيما اذا تخلل ذلك أولى وبهذا يندفع ايهام أن لا يكون الجواب فيما اذا تخلل البرء كالجواب فيما اذا لم يتخلل فان تخصيص الشئ بالذكر انما يدل فى الروايات على نفى الحكم عما عداه أن لو لم يكن ما عداه أولى بثبوت الحكم المذكور له وأما اذا كان أولى بذلك فيدل على اشتراك ما عداه معه فى الحكم المذكور بالأولوية بطريق دلالة النص بلا ريب وما نحن فيه من

والاصل

﴿فصل﴾ ذكر حكم الفعلين عقيب فعل واحد فى فصل على حدة رعاية للتناسب (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا) القطع والقتل اذا حصلا فى شخص واحد كانا على وجوه أن يكونا خطأين أو عمدين أو يكون القتل خطأ والقطع عمدا أو بالعكس فذلك بالقسمة العقلية أربعة ثم ان كل واحد منهما اما أن يكون قبل البرء أو بعده فذلك ثمانية أوجه وكل ذلك اما أن يتحقق من شخص واحد أو شخصين فذلك ستة عشر وجها فان كانا من شخصين يفعل بكل واحد منهما موجب فعله من القصاص وأخذ الارش مطلقا لان التداخل انما يكون عند اتحاد المحل لا غير وان كانا من شخص واحد فايجاب موجب الفعلين أو اهدار أحدهما مبنى على أصل ذكره المصنف رحمه الله بقوله

﴿فصل﴾ ومن قطع (قوله ثم ان كل واحد منهما) أقول أى من الفعلين (قوله لان التداخل انما يكون الخ) أقول فيه بحث لكن جوابه ظاهر فان المراد بالمحل هو مصطلح المتكلمين وهو القاتل هنا فانه الذى يقوم به القتل

(والاصل فيه أن الجمع) يعنى الاكتفاء بموجب أحدهما واجب ما أمكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يعنى فى غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثانى متمما للاول ويجعل الكل واحدا الا أن لا يمكن الجمع اما باختلاف الفعلين وصفا أو موجبا أو بتخلل البرء فحينئذ يعطى كل واحد حكم نفسه فان تخلل البرء فلا جمع أصلا لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده ابتداء فلابد من اعتبار كل واحد منهما وان لم يتخلل وقد اختلفا جنسا فكذلك كما فى الصورتين الاولين وان تجانسا خطأ جمع بالاجماع لامكان الجمع بانتفاء المانع وهو تخلل البرء والاختلاف واكتفى بدية واحدة وان تجانسا عمدا فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله الولى بالخيار بين أن يقطع ثم يقتل وبين أن يقتل وقالا يقتل ولا يقطع وقوله (فان شاء الامام قال اقطعوه) قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله يشير الى أن الخيار للامام عند أبى حنيفة رحمه الله وليس كذلك بل الخيار للولى فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار قالا الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وقال بل الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر لخلو القطع اذ ذاك عن الجزاء واما لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدرا من شخصين وجب القود على الحاز واذا انقطع اضافة السراية اليه صار كتخلل البرء ولا جمع فيه بالاتفاق بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب هو الدية وهو بدل النفس من غير اعتبار المساواة

والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميما للاول لان القتل فى الاعم يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا أن لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع فى هذه الفصول فى الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفى الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان الجمع واكتفى بدية واحدة (وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل أن تبرأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه) وهذا عند أبى حنيفة وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو يعتمد المساواة فى الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر أو لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهى بدل النفس من غير اعتبار المساواة

هذا القبيل ثم انه لما حصل التنبيه على ذلك فى المسئلة الاولى حصل الاستغناء عنه فى المسئلة الثانية لاشتراكهما فى اختلاف الفعلين ولهذا لم يذكر ذلك القيد فيها ثم لما جاء الى المسئلة الثالثة والرابعة قيدهما بتخلل البرء لتجانس الفعلين عمدا وخطأ فيهما فلابد فى الاخذ بالامرين جميعا من تخلل البرء فى البين (قوله فصار كتخلل البرء) قال بعض الفضلاء منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ أقول كيف يكون منقوضا بذلك وقد تداركه المصنف صراحة فيما بعد حيث قال وبخلاف ما اذا كانا خطأين وعلله بتعليلين بازاء تعليلى أبى حنيفة ما اذا كانا عمدين وتعليله الثانى وهو قوله ولان أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل الخ دافع قطعا لتوهم انتقاض قوله فصار كتخلل البرء بما اذا كانا خطأين تأمل تفهم وقال صاحب معراج الدراية فان قيل لو كان بمنزلة تخلل البرء ينبغى أن لا يكون للامام خيار كما لو تخلل البرء قلنا المسئلة مجتهد فيها فالقاضى يقضى على ما وافق رأيه انتهى أقول فى الجواب نظر فان قول المصنف بعد بيان خيار الامام وهذا عند أبى حنيفة يأبى هذا الجواب جدا فان قضاء القاضى فى المسئلة المجتهد فيها على ما وافق رأيه ليس بقول أبى حنيفة فقط بل صاحباه أيضا يقولان به كما لا يخفى على العارف بمسائل الفقه ثم ان هذا كله على تقدير أن يكون الخيار للامام عند أبى حنيفة وأما اذا كان الخيار للولى عنده كما ذكره شمس الائمة السرخسى ونقل عنه الشراح قاطبة حتى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك عنه فعلى هذا يكون قوله فان شاء الامام معناه يبين لهم أن لهم الخيار فلا تمشية رأسا للسؤال على الوجه المذكور نعم يرد أن يقال فما معنى قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة بأن للولى الخيار مع الجزم فى المسائل السابقة بأن يؤخذ بالامرين جميعا وعلة

(قوله وصفا أو موجبا) أقول كما فى الخلافية فان موجب القطع العمد القطع والقتل العمد القتل لأن القصاص ينبئ عن المماثلة بخلاف الدية وهذا عند أبى حنيفة قال المصنف (فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه) أقول قال الكاكى وقيل معنى ما قال فى المتن أن هذا من الامام اجتهاد فى محله فعلته أن يتبعه فيما يقطع الامام خياره عليه انتهى (قوله فى محله) أى محل الاجتهاد ألا يرى الى خلاف الامامين (قال المصنف فصار كتخلل البرء) أقول منقوض بما اذا كان كلاهما خطأ

وقوله (ولان أرش اليد) دليل آخر على جواز الجمع اذا كانا خطأين وتقريره أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل يعني القطع بانقطاع توهم السراية وذلك انما يكون بالحز القاطع للسراية فأرش اليد انما يجب بالحز القاطع للسراية وبه يجب ضمان الكل فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة الحز وفي ذلك تكرار دية اليد لان ضمان الكل يشملها والتكرار فيه غير مشروع فلا يجتمعان فان قيل قصاص اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان قلنا بل يجتمعان لان مبنى القصاص المساواة وهي انما تحقق باجتماعهما وهذا في غاية التحقيق لان العمد مبناه على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل العشرة بالواحد وفي مراعاة صورة الفعل معنى التغليظ فيجوز اعتباره فيه وأما الخطأ فبناؤه على التخفيف ألا ترى أن الدية لا تتعدد بتعدد القاتلين فاعتبار التغليظ فيه لا يكون مناسبا قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ الخ) ومن ضرب رجلا تسعين سوطا في مكان وعشرة في مكان فبرئ من تسعين وبرى موضع العشرة ومات منه ففيه دية واحدة لما ذكر في الكتاب وقوله (وكذا كل جراحة اندملت) يعني مثل أن كانت شجة فالتحمت ونبت الشعر فانها لا تبقى معتبرة لا في حق الارش ولا في حق حكومة عدل وانما تبقى في حق التعزير على أصل أبي حنيفة رحمه الله وعن أبي يوسف رحمه الله في مثله حكومة عدل وسيأتي تفسيرها في آخر فصل الشجاج وعن محمد رحمه الله أنه يجب أجر الطبيب (وان ضربه مائة سوط وجرحته وبقي له أثر يجب له حكومة عدل) دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الاثر وهو موجود والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس بان لم يبرأ وليس بموجود وهذا يشير الى أنه ان لم يجرح في الابتداء لا يجب شئ بالاتفاق وان جرح واندمل ولم يبق لها أثر فكذلك كما هو أصل أبي حنيفة رحمه الله لانه لم يكن الا مجرد الألم وهو لا يوجب شيأ كالو ضربه ضربا مؤلما ومثل هذه المسألة مع هذا الاختلاف ودليلها يأتي قبل فصل الجنين وصار

(قوله ومن قطع يد رجل الخ) اعلم أن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس بعفو عما يحدث منه عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فاذا وقع شئ من ذلك وعفا المجني عليه عنه ثم سرى ومات فعلى الجاني الدية في ماله عنده وقالا لا شئ عليه لان العفو عن القطع عفو عن موجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه اما القطع أو القتل اذا اقتصر أو سرى فكان العفو عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فان الاذن بالقطع اذن به وبما حدث منه حتى اذا قال شخص لآخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن والعفو اذن انتهاء فيعتبر بالاذن ابتداء

ولان أرش اليد انما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القطع والقتل قصاصا يجتمعان قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة) لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت معتبرة في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على أصل أبي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة عدل وعن محمد أنه تجب أجرة الطبيب (وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له أثر تجب حكومة العدل) لبقاء الاثر والارش انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال (ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال) وهذا عند أبي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا وعلى هذا الخلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه

تعذر الجمع متحققة في الكل عنده بلا تفاوت كما تبين في الكتاب (قوله ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فكان العفو عنه عفوا عن نوعيه) أقول أسلوب التحرير يقتضي أن يكون ما سبق دليلا تاما لهما وهذا أيضا دليلا آخر مستقلا لهما لكن لا يخفى على الفطن أن ما سبق لا يتم دليلا لهما

(قوله فان قيل الى قوله فيجتمع قصاص الكل والجزء في حالة واحدة فلا يجتمعان) أقول معارض بما اذا قتل واحد جماعة عمدا حيث يجب قتل واحد وان قتلهم خطأ تجب ديات قال المصنف (والارش انما يجب باعتبار الأثر في النفس) أقول قال في المضمرات كأن قائلا يقول لما وجب أرش النفس ينبغي أن لا تجب حكومة العدل فأجاب عنه بقوله والارش الخ انتهى وشرح كلام المصنف بهذا الوجه أولى لصدور الفعلين من القاتل وعلى ما ذكره الاكمل يكون ذكر هذه المسألة هنا استطرادا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث ما قال في الكتاب انه يجب فيه دية واحدة فيما اذا برأ ولم يبق له أثر أما اذا بقي له أثر ينبغي أن يجب أرش الضرب وهو حكومة عدل بالاسواط ودية واحدة بالقتل انتهى

وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله أن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه و كان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن في الاستحسان تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا

بدون انضمام هذا إليه لأنه إذا لم يتقرر أن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر لا يتقرر كون القتل أحد موجبي القطع فإنه إذا لم يتناول اسم القطع الساري أيضا لا يتصور كون القتل أحد موجبي القطع إذ لا يحتمل أن يكون القطع المقتصر موجبا للقتل أيضا تدبر (قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس) قلت وكان ينبغي أن يقول و كان الظاهر أن يجب القصاص بدل قوله وكان ينبغي أن يجب القصاص لأن الذي ينبغي هو موجب الاستحسان دون موجب القياس إلا أن موجب القياس هو الظاهر في بادئ الرأي (قوله ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا) قال جمهور الشراح في بيان هذه الوجوه وهي الأربعة التي هي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية انتهى أقول ليس هذا بسديد لأن معنى كلام المصنف ههنا أن محمدا رحمه الله أجرى القطع خطأ مجرى العمد في هذه الوجوه المذكورة في المسألة المارة التي هي من مسائل الجامع الصغير والعفو عن الشجة لم يكن مذكورا في كلام محمد في الجامع الصغير قط وإنما ذكره فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير حيث قال وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة في اليد وما أشبه ذلك وكذا ذكره المصنف في الهداية دون البداية حيث قال وعلى هذا الاختلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات والمصنف هنا بصدد بيان ما يتناوله كلام محمد في المسألة المارة التي هي مسألة الجامع الصغير فكيف يتصور درج العفو عن الشجة في مضمون

فصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول السارية والمقتصرة فكذا هذا ولأبي حنيفة رحمه الله أن سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لأن العفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه فما هو حقه لم يعف عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا إذا عفا عن اليد ثم سرى وإذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان والقياس يقتضي القصاص لأنه هو الموجب للعمد إلا أنا تركناه لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية وقوله (ولا نسلم أن الساري نوع من القطع) جواب عن قولهما فيكون العفو عفوا عن نوعيه وفيه نظر فإنه منع كون السراية صفة له و يقال سرى القطع وقطع سار فكيف يصح ذلك والجواب أن المراد صفة منوعة وهي ليست كذلك بل هي مخرجة عن حقيقتها كما يقال عصير مسكر وقوله (بل الساري قتل من الابتداء) اضراب عن قوله نوع من القطع وذلك لأن القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا أنه كان قتلا وقوله (وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا) جواب عن قوله أو القتل إذا سرى يريد أن القتل ليس بموجب القطع من حيث كونه قطعا لأنه إذا سرى ومات تبين أن هذا القطع لم يكن له موجب أصلا إنما الثابت موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف إلى القطع مضافا إلى غير محله فلا يصح وإذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل وهو معنى قوله فلا يتناوله العفو وقوله (بخلاف العفو عن الجناية) ظاهر وقوله (في هذه الوجوه) وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية (وفاقا) وهو في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع وما يحدث منه عفو عن الدية بالاتفاق فيما إذا كان القطع خطأ والثاني العفو عن الجناية فإنه عفو عن الدية أيضا (وخلافا) وهو أيضا في موضعين أحدهما أن العفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ وعند أبي حنيفة رحمه الله يكون عفوا عن أرش اليد لا غير والثاني أن العفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما وعنده عن أرش الشجة لا غير

(قال المصنف وأن السراية صفة له) أقول أي صفة منوعة فلا يرد عليه شيء (قوله إنما الثابت موجب القتل وهو الدية) أقول الأظهر أن يقول وهو القصاص

آذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا أوصى باعارة أرضه

ذلك كما فعله جمهور الشراح حيث فسروا هذه الوجوه في قوله فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه بما يشمل العفو عن الشجة أيضا فالوجه أن مراد المصنف بهذه الوجوه هي الوجوه الثلاثة وهي العفو عن القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية لان هذه الثلاثة هي المذكورة في مسئلة الجامع الصغير وأما العفو عن الشجة فقد ذكره المصنف فيما مر استطرادا وبين أن حكمه كحكم ما ذكر في مسئلة الجامع الصغير أخذا مما ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير (قوله آذن بذلك اطلاقه) أى أعلم بذلك اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع حيث لم يتعرض للعمد ولا للخطأ فكان متناولا لهما كذا في عامة الشروح قال صاحب الغاية بعد أن شرح المقام كذلك هذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد في أصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه أبو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق اه وأما ما عدا صاحب الغاية من الشراح فسألوا ههنا وأجابوا حيث قالوا فان قيل لا نسلم أن لفظه مطلق بل هو مقيد بالقطع العمد بدليل جواب المسئلة وهو قوله فعلى القاطع الدية في ماله فانه يبين أن مراده العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة قلنا وضع المسئلة مطلق بلا شك اذ القيد غير ملفوظ لكن الجواب انما هو لاحد نوعى القطع فتقديره فعلى القاطع الدية في ماله ان كان القطع عمدا انتهى كلامهم أقول لا يذهب عليك أن جوابهم هذا لا يسمن ولا يغني من جوع اذ لا شك أن مقصود المصنف هنا بيان اجراء محمد القطع خطأ مجرى العمد في أحكام هذه الوجوه وفاقا وخلافا ولا ريب أن حكم المسئلة انما يؤخذ من جوابها واذا كان الجواب في لفظ الجامع الصغير مخصوصا بصورة العمد فكيف يؤذن مجرد اطلاق وضع المسئلة باشتراك نوعى القطع في الحكم اذ لو آذن ذلك باشتراكهما في الحكم لآذن باشتراكهما في الحكم المستفاد من الجواب وقوله فيما له مانع عن ذلك لا محالة فلا مؤذن للاشتراك قط فلم يتم قول المصنف آذن بذلك اطلاقه فتأمل (قوله لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال) قال في العناية فيه بحث وهو أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة ثم قال والجواب عنه أن المصنف نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله عليه السلام لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث انتهى أقول في تقرير البحث المذكور خلل فاحش وفي تحرير الجواب المزبور التزام ذلك أما الاول فلانه سيجيء في أول باب الشهادة في القتل أن القصاص يثبت لورثة القتيل ابتداء لا بطريق الوراثة من المقتول عند أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فيثبت للقتيل ابتداء ثم ينتقل بموته الى ورثته بطريق الوراثة منه كالدين والدية فقوله رحمه الله ان القصاص موروث بالاتفاق كذب صريح وقد مر نظير هذا من صاحب العناية في الفصل السابق وبينت بطلانه هنالك أيضا فتذكر وأما الثاني فلانه لم يقع التعرض فيه لكون القصاص غير موروث من المقتول عند امامنا الاعظم رحمه الله بل سيق الكلام فيه على وجه يشعر بكونه موروثا بالاتفاق ألا ترى الى قوله في خاتمته والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به

أما

(اذن) أى أعلم بذلك (اطلاقه) أى اطلاق لفظ الجامع الصغير وهو قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع غير متعرض للعمد والخطأ ومنع الاطلاق بأن قوله فعلى القاطع الدية في ماله يدل على أنه في العمد لان الدية في الخطأ على العاقلة وأجيب بأن الوضع مطلق لا محالة والجواب انما هو لاحد نوعيه وتقريره فعلى القاتل الدية في ماله ان كان القطع عمدا وقوله (كما لو أوصى باعارة أرضه) يعني اذا تبرع بمنافع أرضه في مرضه بالعارية وانتفع بها المستعير ثم مات المعير كان ذلك من جميع المال لان المنافع ليست بأموال وفيه بحث من أوجه الاول أن القصاص موروث بالاتفاق فكيف لم يتعلق به حق الورثة الثاني أن الوصية باعارة أرضه باطلة وان صحت فحكمه التهايؤ يسكن الموصى له يوما والورثة يوما ان لم يقبل القسمة وان قبلها يفرز الثلث للموصى له والثالث أن المنافع أموال فكيف صارت نظير ما ليس بمال والجواب عن الاول أن المصنف رحمه الله نفى تعلق حق الورثة به لا كونه موروثا ولا تنافي بينهما لان حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم الخلف لا يثبت مع وجود الاصل والقياس في المال أيضا أن لا يثبت فيه تعلق حقهم الا بعد موت المورث لكن ثبت ذلك شرعا بقوله صلى الله عليه وسلم لان تدع ورثتك

أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس وتركهم أغنياء انما يتحقق بتعلق حقهم بما يتحقق به الغنى وهو المال فلو لم يتعلق به لتصرف فيه فيتركهم عالة يتكففون الناس والقصاص ليس بمال فلا يتعلق به لكنه موروث لان الارث خلافة ذى نسب الميت الحقيقى أو الحكمى أو نكاحه أو ولاية حقيقة أو حكما فى ماله أو حق قابل لها بعد موته وقد فسرناه فى شرح الرسالة فى الفرائض وهو كما ترى لا ينحصر فى المال بل اذا كان حقا قابلا للخلافة فيصح أن يكون موروثا ولا شك فى قبوله القصاص لذلك كما تقدم وعن الثانى بأن المراد من قوله أوصى تبرع كما عبرنا عنه آنفا والوصية تبرع خاص فيجوز أن يستعار لمطلقه وعن الثالث بأن المنافع أموال اذا كانت فى عقد فيه معاوضة وقوله (فيعتبر من الثلث) فيه اشكال وهو أنه اذا اعتبر من الثلث كان وصية والقاتل من

أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث قال (واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففى مالها) وهذا عند أبى حنيفة لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

لكنه موروث (قوله أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث) قال جمهور الشراح فان قيل القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية بجميع الثلث ههنا حتى صح فى نصيب القاتل أيضا مع أن الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ وذلك جائز للقاتل ألا ترى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز انتهى كلامهم وأورد بعض الفضلاء على قولهم ألا ترى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز بان قال فيه بحث لان الهبة فى المرض فى حكم الوصية على ما سيجىء فى كتاب الوصية انتهى أقول ان أراد أن الهبة فى المرض فى حكم الوصية من كل الوجوه فهو ممنوع ألا ترى أن الهبة عقد منجز والوصية فى المرض عقد معلق بالموت كما صرحوا به وان أراد أنها فى حكم الوصية فى بعض الوجوه ككونها معتبرة من الثلث ونحو ذلك فهو مسلم لكن لا يلزم منه أن لا تصح هبة المجروح للقاتل كعدم صحة وصيته له فلا يخدش ما ذكره الشراح فى تنوير جوابهم (قوله ثم القطع ان كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا) قال جماعة من الشراح فان قيل القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الاطراف فكيف يكون هذا تزوجا على القصاص قلنا الموجب الاصلى فى العمد القصاص قضية لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص الا أنه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت بين طرفى الرجل والمرأة انتهى أقول فى الجواب نظر لان اطلاق قوله تعالى والجروح قصاص لمثل ما نحن فيه ممنوع فان القصاص ينبئ عن المماثلة وما لا تمكن فيه المماثلة لا يتصور فيه القصاص وعن هذا اذا قطع رجل يد رجل عمدا من غير المفصل لا يجب القصاص لعدم امكان اعتبار المماثلة وقد حقق المصنف هذا المعنى فى أول باب القصاص فيما دون النفس بصدد الاستدلال بقوله تعالى والجروح قصاص على وجوب القصاص فى قطع يد غيره عمدا من المفصل وقد تقرر فيما مر أنه لا مماثلة بين الرجل والمرأة فى الاطراف فلا يندرج فى قوله تعالى والجروح قصاص ولئن سلم ذلك لزم أن ينتقض الجواب المذكور بما اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاقتصر القطع فانه تصح التسمية فيه ويصير أرش اليد وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع صرح به الشراح قاطبة فى أول هذه المسألة وعزاه جماعة

العاقلة والوصية للقاتل باطلة فيجب أن لا يصح فى حصته وأجيب بان المجروح لم يقل أوصيت لك بثلث الدية وانما عفا عنه المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ ولا مانع عنه ألا ترى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز قال (واذا قطعت المرأة يد رجل الخ) اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاما أن يقتصر أو يسرى فان كان الاول صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع سواء كان القطع عمدا أو خطأ وتزوجها على القطع فقط أو عليه وما يحدث منه لانه لما برأ تبين أن موجبها الارش دون القصاص لانه لا يجرى فى الاطراف بين الرجل والمرأة والارش يصلح صداقا وان كان الثانى واليه أشار بقوله ثم مات فاما أن يكون القطع خطأ أو عمدا فان كان الاول فلها مهر مثلها والدية على العاقلة وان كان الثانى فلها ذلك والدية فى مالها عند أبى حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه فيكون مالها من المهر غير ما عليها انما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا

(قوله ألا ترى أنه لو وهب له شيأ وسلم جاز) أقول وفيه بحث لان الهبة فى المرض فى حكم الوصية على ما سيجىء فى كتاب الوصية (قوله لانه لا يجرى فى الاطراف بين الرجل والمرأة) أقول مخالف لقول المصنف وقوله بعد أسطر يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف تأمل (قوله وان كان الثانى فلها ذلك) أقول يعنى فلها مهر المثل

لاسيما على تقدير سقوط القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لايصلح على تقدير سقوطه بطريق الاولى والقصاص يسقط ههنا امابقبولها التزوج لان سقوطه متعلق بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا جعل لها ولاية الاستيفاء ولايمكن استيفاء القصاص عن نفسه فان قيل الواجب فى الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة دينار وهو معلوم فما المانع أن يكون هو المهر أجيب بأنه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا واذا لم يصلح القصاص ولابدله مهرا يجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها فان قيل قبول التزوج يتضمن العفو والعفو لايضمن فلا يجب عليها الدية أشار الى الجواب بقوله (لان التزوج وان كان يتضمن العفو لكن) فيما نحن فيه يتضمن العفو (عن القصاص فى الطرف واذا سرى تبين أنه قتل والعفو لم يتعرض لذلك فتجب الدية فى مالها لانه عمد) والعاقلة لاتتحمل العمد (والقياس أن يجب القصاص على مابيناه) يريد به قوله لانه هو الموجب للعمد

(قال المصنف لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها) أقول فانه لما مات المقطوع يده بالسراية سقط قصاص الطرف وبدله أيضا وهو الارش فان القطع كان قتلا فيجب جزاء القتل لا القطع فوجب قصاص النفس ولعل هذا هو الوجه فى توجيه كلام المصنف وبه تندفع الشكوك والاوهام فى هذا المقام (قوله والقصاص سقط ههنا امابقبولها التزوج الخ) أقول بل السقوط هنا بموت المقطوع يده حيث تبين أن لاقطع على القاطع لكونه قاتلا ولايجب بدله أيضا لعدم وجوب الاصل فتأمل (قوله ولايمكن استيفاء القصاص عن نفسه) أقول الظاهر أن يقول عن نفسها (قوله أجيب بانه ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا) أقول مخالف لما مر آنفا من قوله واذا ويصير الارش وهو خمسة آلاف درهم مهرا لها بالاجماع ثم الجهالة لاتمنع فيما سقط لانها لاتفضى الى المنازعة وذلك وجه الصحة فيما مر

لاسيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية فى مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على مانبين ان شاء الله تعالى لكن عن القصاص فى الطرف فى هذه الصورة واذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب فى مالها لانه عمد والقياس أن يجب القصاص على مابيناه

منهم الى الامام قاضيخان والامام المحبوبى وقالوا أشار اليه المصنف بقوله ثم مات ولو كان الموجب الاصلى هو القصاص فى العمد الواقع بين أطراف الرجل والمرأة أيضا لزم أن يكون التزوج فى صورة الاقتصار أيضا تزوجا على القصاص فلزم أن لايتم ماصرحوا به من صحة التسمية ولزوم الارش مهرا لها بالاجماع فى تلك الصورة كما لايخفى وقال صاحب العناية وتاج الشريعة فان قيل الواجب فى الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش وأرش اليد معلوم وهو خمسمائة دينار فما المانع أن يكون هو المهر قلنا أرش اليد ليس بمتعين لجواز أن يكون خمسة آلاف درهم فيكون مجهولا فيجب مهر المثل انتهى أقول فى جواب هذا السؤال أيضا نظر فانه ينتقض أيضا قطعا بالتزوج على يده فى صورة الاقتصار فان أرش اليد يصير مهرا لها هنالك بالاجماع كما صرحوا به مع تحقق الجهالة الناشئة من عدم تعين أرش اليد هنالك أيضا ثم أقول لو قال المصنف فى تعليل صورة العمد أيضا من مسئلتنا هذه مثل ماقاله فى صورة الخطا منها من أنه يكون هذا تزوجا على أرش اليد اذ القصاص لايجرى فى الاطراف بين الرجل والمرأة فى العمد أيضا عندنا واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فوجب مهر المثل لصح وكان سالما عن أن يرد عليه السؤالان المذكوران ولم يحتج الى جوابيهما المذكورين فى الشروح المختلين كما بيناه آنفا (قوله واذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فيجب الدية) قال فى النهاية فان قلت لم لم يجب القصاص ههنا على المرأة مع أن القطع كان عمدا وهو قتل من الابتداء فانه لما مات ظهر أن الواجب هو القصاص وهو لم يجعل القصاص مهرا لان القصاص لايصلح مهرا لانه ليس بمال والمهر يجب أن يكون مالا ولما لم يصلح القصاص مهرا صار كانه تزوجها ولم يذكر شيأ وفيه القصاص فكذا هنا قلت نعم كذلك الا أنه لما جعل القصاص مهرا جعل ولاية استيفاء القصاص للمرأة ولو استوفت المرأة القصاص انما تستوفى عن نفسها لنفسها وذلك محال لان الانسان لايتمكن من الاستيفاء عن نفسه لنفسه لان الشخص الواحد لايصلح أن يكون مطالبا بالقصاص ومطالبا به فسقط القصاص لاستحالة الاستيفاء ولما سقط القصاص بقى النكاح بلا تسمية فيجب مهر المثل كما اذا لم يسم ابتداء انتهى أقول لا السؤال شئ ولا الجواب أما الاول فلان وجه عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة ظاهر من قول المصنف والقياس أن يجب القصاص على مابيناه فانه اشارة الى ماذكره فيما قبل من أن وجوب الدية ههنا دون القصاص على موجب الاستحسان فان صورة العفو أورثت شبهة وهى دارئة للقود فلم يبق محل للسؤال عن لمية عدم وجوب القصاص ههنا على المرأة وأما الثانى فلان القصاص الذى جعل مهرا وجعل ولاية استيفائه للمرأة انما هو قصاص اليد دون قصاص النفس كما أفصح عنه قول المصنف فيما قبل يكون هذا تزوجا على القصاص فى الطرف واذا سرى تبين أنه قتل النفس فلم يتناوله ولاية المرأة

واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على السواء وان كان فى الدية فضل ترده على الورثة وان كان فى المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى اليد ولا شئ فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة فى الخطا والمهر لها قال (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شئ له عليها لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضى بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط أصلا (وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان هذا تزوج على الدية وهى تصلح مهرا الا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح فى حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية فيرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال أن ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من أهل الوصية لما أنهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه

للعلة التى ذكرها المصنف فى عدم تناوله العفو الذى تضمنه التزوج فبقى السؤال عن وجه عدم وجوب قصاص النفس على المرأة بعد أن تبين أن قطعها صار قتل النفس ولغا ماذكر فى الجواب المزبور اذلم يجعل حد ولاية استيفاء قصاص النفس للمرأة قط حتى يلزم من وجوب قصاص النفس عليها استيفاؤها القصاص عن نفسها لنفسها (قوله وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) قال صاحب النهاية والعناية فى شرح هذا المحل قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أى قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية أى وللعاقلة ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية انتهى أقول فى التفسير الثانى خلل فان المصنف فصل فيما بعد حال الزيادة على مهر المثل وجعلها صورتين حيث قال فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تكن تخرج يسقط ثلثه وعلى ذلك التفسير يلزم أن لا يتناول كلام المصنف ههنا الصورة الاولى من الصورتين اللتين ذكرهما فيما بعد فان ما يكون وصية لهم فى الصورة الاولى منهما جميع ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية لا ثلثه فقط كما لا يخفى وقال صاحب الغاية قوله يرفع عن العاقلة مهر مثلها أى قدر مهر مثلها وقوله ولهم ثلث ما ترك وصية لهم أى للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية انتهى أقول مآل هذا أيضا ماذكره صاحب النهاية والعناية وان كانت العبارة مغايرة فى التفسير الثانى فانه لما بين ما ترك الميت فى قوله ثلث ما ترك الميت بقوله من الدية تعين أن مراده ثلث الدية فيرد عليه مثل ما يرد على ماذكراه من أنه يجوز أن يخرج كل الدية من ثلث مال الميت فيلزم أن لا يتناوله كلام المصنف ههنا على التفسير المزبور ثم أقول فى كلام المصنف ههنا احتمال آخر وهو أن يكون معناه وللعاقلة ثلث ما ترك الميت من جميع ماله وصية لهم فيتناول الصورتين الآتيتين فى التفصيل معا لان جميع مال الميت يشمل الدية وغيرها فيجوز أن يخرج الدية كلها من ثلث جميع ماله لكن يتجه عليه أيضا أنه يجوز أن يكون ثلث جميع ماله أكثر مما زاد على مهر مثلها من الدية بل يجوز أن يكون أكثر من كل الدية فلا يصح حينئذ قوله وصية لان ما يكون وصية للعاقلة انما هو مقدار ما زاد على مهر مثلها من الدية لا غير وبالجملة عبارة المصنف ههنا ليست بخالية عن القصور فى افادة تمام المراد كما لا يخفى على ذوى الرشاد فالاولى فى تحرير المقام ماذكره صاحب الوقاية حيث قال وفى الخطا رفع عن العاقلة مهر مثلها والباقى وصية لهم فان خرج من الثلث سقط والا سقط ثلث المال انتهى تأمل

(واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان تساويا) وان لم يتساويا يرد من عليه الفضل على من له ذلك واذا كان القطع خطأ كان التزوج على أرش اليد واذا سرى الى النفس تبين أنه لا أرش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى اليد ولا شئ فيها ولا يتقاصان لان الدية على العاقلة فى الخطا والمهر لها فاختلف ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحادهما وقوله (ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها) ظاهر وقوله (ولا شئ عليها) أى لا دية ولا قصاص وقوله (يرفع عن العاقلة مهر مثلها) أى قدر مهر المثل وقوله (ولهم) أى للعاقلة (ثلث ما ترك) أى ثلث ما زاد على مهر المثل الى تمام الدية يكون وصية

(قال المصنف واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة) أقول قال الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ولا تقع المقاصة لان الدية مؤجلة ومهر المثل حال واذا حل الاجل تقع المقاصة انتهى

وقال أبو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين قال (ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) لانه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لكن كان له القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه في القصاص لانه لما أقدم على القطع فقد أبرأه عما وراءه ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به قال (ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضى له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة وقالا لا شئ عليه) لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع أجزائها ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا سرى وما برأ أو ما عفا وما سرى أو قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع أصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله أنه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فان له أن يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين) أي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية كذا قال جمهور الشراح وهو الصواب وزاد صاحب العناية على ذلك شيأ في شرحه حيث قال يعني في التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ وفي التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية انتهى وتبعه الشارح العيني أقول ليس ذلك بشئ اذ لا وجه لتقييد القطع في الفصل الاول بالخطا فان الظاهر من كلام المصنف ههنا ومن قوله فيما سبق ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا وكذا انما ذكر في عامة الكتب من المتون والشروح أن يكون الجواب عندهما في العمد والخطا في الفصلين سواء ولقد صرح به ههنا صاحب الغاية نقلا عن شروح الجامع الصغير حيث قال فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطا كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه أو على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير انتهى (قوله ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه) قال صاحب العناية لم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شئ عليه على ما سيجئ انتهى أقول هذا الكلام منه هنا كلام خال عن التحصيل لانه ان كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بانه ترك ذكر تلك الصورة مع كون ذكرها أيضا مما يهم فلا وجه له اذ قد ذكرها أيضا فيما بعد وان كان مقصوده منه مؤاخذة المصنف بانه لم يذكر تلك الصورة هنا مع كون حقها أن تذكر هنا فليس كذلك فان تلك الصورة من قبيل استيفاء من له القصاص في الطرف كما صرح به في الكتاب فيما بعد وما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس ولما كانت المسئلة المتصلة بما نحن فيه من قبيل استيفاء من له القصاص في النفس أيضا كما ترى ذكرها المصنف عقيب ما نحن فيه وأخر تلك الصورة عنها وان كان مقصوده منه مجرد بيان حكم تلك الصورة أيضا دون مؤاخذة المصنف بشئ فلا فائدة فيه اذ قد بين المصنف حكمها فيما سيجئ مفصلا ومدللا فيلغو بيان ذلك الشارح اياه ههنا (قوله ونحن نقول انما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين أنه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به) قال صاحب الاصلاح والايضاح وفيه اشكال لما مر أن صورة العفو تكفي في سقوط القود لانها تورث شبهة وبذلك تمسكوا في سقوطه فيما اذا عفا عن القطع ثم مات منه ولم يلتفتوا الى المقدمة القائلة انه لا يكون مبرئا عنه بدون العلم به انتهى أقول جوابه

وما يحدث منها أو على الجناية وعبر بالفصلين باعتبار المختلف والمتفق والا فالفصول ثلاثة (قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد) كلامه واضح ولم يذكر ما اذا مات المقتص منه من القطع وحكمه الدية على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي لا شئ عليه على ما سيجئ وقوله (ومن قتل وليه عمدا) صورته ظاهرة وكذلك دليلهما وأما دليل أبي حنيفة فيحتاج الى كلام فقوله انه استوفى غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة في الاصل ظاهر لا يقبل التشكيك وقد شكك بعضهم بما اذا شهد شاهدان على رجل بالقتل فقطع الولي يده ثم رجع عما ضمنا اليد وانما يضمنان ما أتلفاه بشهادتهما وما شهدا الا بالقتل ولو كان القطع غير القتل لما ضمنا وكون القطع غير القتل لا يرتاب فيه أحد وليس أصل المسئلة ذلك وانما هي بناء على أنهما أوجبا له قتل النفس

(قوله اذا كان القطع خطأ) أقول التقييد به مما لا يظهر وجهه فانه اذا كان القطع عمدا فالاتفاق في الجواب على حاله (قوله وانما هي بناء على أنهما أوجبا له

وذلك يبرئ القاطع عن الضمان فيضمنان لايجاب السراية له بعد علة الضمان عليه فصار كما لو شهدا على رجل أنه أبرأ غريمه عن الدين ثم رجعوا وقوله (وانما لا يجب المال فى الحال) جواب عما يقال لما استوفى غير حقه وجب أن يضمن فى الحال وقوله (وملك القصاص فى النفس ضرورى) جواب عن قولهما انه استوفى حقه يعنى لما كان ملك القصاص ضروريا لثبوته مع المنافى وهو الحر به كما مر بحيث لا يظهر الا فى هذه الاحوال الثلاثة وهى استيفاء النفس بالقصاص والعفو والاعتياض لا يصح التصرف فى القاتل بغيرها والقطع مقصودا غيرها فيكون تصرفا فى غير موضع الضرورة ولا حق له فيه فيجب الضمان وقوله (فاما قبل ذلك) يعنى قبل التصرف بهذه الاشياء الثلاثة يريد به القطع (فلم يظهر) يعنى ملك القصاص (لعدم الضرورة) وقوله (بخلاف ما اذا سرى) جواب عن قولهما وكذا اذا سرى وقوله (وأما اذا لم يعف وماسرى) جواب عن قولهما

وانما لا يجب فى الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص فى النفس ضرورى لا يظهر الا عند الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء وأما اذا لم يعف وماسرى قلنا انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا وبرأ فالصحيح أنه على هذا الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على هذا الخلاف هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قال (ومن له القصاص فى الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن) لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس فى وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل بغير حق لان حقه فى القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح أفضى الى فوات الحياة فى مجرى العادة وهو مسمى القتل الا أن القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما فى غيره منها

أو ما عفى وماسرى وقوله (الصحيح أنه على الخلاف) يعنى فلا يكون مستشهدا به وكذا قوله هو الصحيح وقوله (والاصابع وان كانت تابعة) جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص فى الطرف فقطع أصابعه ثم عفا وهو اختيار بعض المشايخ فانهم تبرعوا بالفرق وأما صاحب الاسرار فنعه وقال لا نسلم أنه لا يلزمه ضمان الاصابع بل يلزمه اذا عفا عن الكف وقوله (ومن له القصاص فى الطرف اذا استوفاه) واضح وقد أشرنا اليه من قبل وقوله (فصار كالامام) أى القاضى اذا قطع يد السارق فمات من ذلك فانه لا شئ عليه وقوله (والمأمور بقطع اليد) كما اذا قال اقطع يدى ففعل فمات لا شئ على القاطع

انه قد تقرر عندهم أن الشبهة معتبرة دون شبهة الشبهة ففيما نحن فيه يكون الابراء عن النفس شبهة الشبهة لان الاقدام على القطع لا يقتضى الفراغ عما وراءه رأسا لجواز أن يستوفى القتل أيضا بعد القطع لكن له القود يستوفى طرف من عليه القود ثم يقتله فتحققت شبهة ثم ان الفراغ عما وراء القطع لا يقتضى الابراء عنه أيضا لجواز أن يفرغ منه ظنا أن حقه فى القطع لا ابراء عما وراءه فتحققت شبهة بعد شبهة فصارت شبهة الشبهة فلم تعتبر بخلاف ما اذا عفا عن القطع ثم مات منه فان العفو عن القطع هناك مقرر لا شبهة فيه وانما بقيت شبهة أن يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل فاعتبرت فى سقوط القود بها لكون الشبهة دائرة له فافترقا تأمل فان هذا معنى عميق وفرق دقيق (قوله بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام أو عقدا كما فى غيره منها) أقول فيه تساهل لان من تلك المسائل ما لا يجب فعله لا تقلدا ولا عقدا وهو المأمور بقطع اليد فان المراد به ما اذا قال اقطع يدى ففعل فسرى الى النفس فمات كما صرح به فى الكافى وعامة الشروح فلم يتم قول المصنف أو عقدا كما فى غيره منها فان العقد انما يتحقق فى البزاغ والحجام منها دون المأمور بالقطع مع أنه غير الامام وأنه من

وقوله (فى مجرى العادة) يعنى أن الموت من الجرح ليس على خلاف العادة وقوله (لانه مكلف فيها) أى فى المسائل (بالفعل) اما تقلدا كالامام فانه اذا تقلد القضاء وجب عليه أن يحكم (أو عقدا) كما مر فى غير الامام من المسائل يعنى البزاغ والحجام فان الفعل يجب عليهما بعقد الاجارة

(قوله وذلك يبرئ القاطع عن الضمان) أقول هذا اذا كان رجوعهما قبل البرء أما اذا كان بعده ينبغى أن يضمن القاطع فانه لا يبرأ عن الضمان بعد البرء عند أبى حنيفة على أنا نقول قوله يبرئ القاطع عن الضمان قلنا مطلقا أو بعد البرء والثانى باطل وفى الأول ان برأ لا يجب ضمان القطع وان لم يتبين الحال لا يضمن فى الحال كما لا يخفى (قال المصنف وانما لا يجب فى الحال لانه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه) أقول فيكون عفوه لغوا لاستيفائه حقه قبله مستندا (قوله يريد به القطع) أقول المضاف مقدر أى حال القطع ثم اعلم أن ضميريه راجع الى قوله قبل التصرف

(والواجبات لاتتقيد بوصف السلامة كالرمى الى الحربى وفيما نحن فيه) من الاستيفاء (لاوجوب ولاالتزام) اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى وأن تعفوا أقرب للتقوى فيكون من باب الاطلاق أى الاباحة فاشبه الاصطياد ولو رمى الى صيد فاصاب انسانا ضمن كذا هذا او طولب بالفرق بين هذا و بين المستأجر والمستعير ومعلم ضرب الصبي باذن الاب فمات وقاطع يد حربي أو من قد أسلم بعد القطع فانه لايجب على المستأجر والمستعير للركوب اذا نفقت الدابة منه وعلى المعلم والقاطع ضمان وههنا يجب اذا سرى وأجيب بان فى الثلاثة الاولى حصل سبب الهلاك بالاذن فينتقل الفعل الى الاذن ولو أهلك المالك دابته

لم يجب عليه شئ فكذا اذا أذن بسبب الهلاك والاب اذا قتل ابنه وجب عليه الدية فكذلك ههنا بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك دون الاذن ولما قطع وسرى كان القطع قتلا وليس له ملك القتل فكان تصرفا فى غير ملكه وهو يوجب الضمان وأما الرابع فلان القطع مع السراية يصير قتلا من الابتداء ولو قتل ابتداء وقع القتل قبل الاسلام فى مباح الدم وذلك لايوجب الضمان فكذا اذا صار قتلا من الابتداء لانه مستند الى ابتداء القطع

والواجبات لاتتقيد بوصف السلامة كالرمى الى الحربى وفيما نحن فيه لاالتزام ولاوجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

﴿باب الشهادة فى القتل﴾

قال (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة) عند أبى حنيفة وقالا لايعيد (وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع) وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر

تلك المسائل أيضا ولايجدى التشبث بالتغليب نفعا هنا لان قوله بعده والواجبات لاتتقيد بوصف السلامة لايتمشى فى تلك المسئلة اذ لايجب على المأمور بالقطع القطع بل هو تبرع منه كما لايخفى فيلزم أن يكون الدليل المذكور فى الكتاب قاصرا عن افادة الفرق فى حق تلك المسئلة كما ترى نعم يمكن الفرق فى حقها أيضا بأن يقال لما فعل المأمور بالقطع باذن الآمر انتقل حكم الفعل الى الآمر فصار كأن قطع بنفسه وفى ذلك لاضمان لكن الكلام فى قصور عبارة الكتاب عن افادة تمام المرام وهذا مما لاريب فيه

﴿باب الشهادة فى القتل﴾

لما كانت الشهادة فى القتل أمرا متعلقا بالقتل أوردها بعد ذكر حكم القتل لان ما يتعلق بالشئ كان أدنى درجة من نفس ذلك الشئ (قوله ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لايعيد) قال فى العناية والاصل ان استيفاء القصاص حق الوارث عنده وحق المورث عندهما وقال وليس لابى حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما أنه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع انتهى أقول فيه بحث لان ما تمسكا به لاينتهض حجة على أبى حنيفة وما تمسك به ينتهض حجة عليهما فكيف يتحقق التدافع بين ذينك التمسكين وذلك أن القصاص وان كان حقا للوارث عنده باعتبار ثبوته للوارث ابتداء بناء على أن القصاص لايثبت الا بعد الموت والميت ليس من أهل أن يثبت له هذا الحق لانه شرع للتشفى ودرك الثأر والميت ليس بأهل لذلك لكنه حق للمورث أيضا عنده باعتبار انعقاد سببه الذى هو الجناية فى حق المورث وقد صرح به فى كثير من الشروح فأبو حنيفة راعى فيما نحن فيه جهة كون القصاص حقا للوارث فقال باشتراط اعادة البينة اذا حضر الغائب احتيالا للدرء وراعى فى مسئلة العفو من المورث المجروح جهة كونه حقا للمورث فقال بصحة

لهما

ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند أبى حنيفة وقالا لايعيد وان كان خطأ لايعيد بالاجماع) وكذلك الدين يكون لابيهما على آخر

﴿باب الشهادة فى القتل﴾

القتل بعد تحققه ربما يجحد فيحتاج من له القصاص الى اثباته بالبينة فبين الشهادة فيه فى باب على حدة (ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل

(قوله أو من قد أسلم بعد القطع) أقول ثم سرى الى النفس (قوله وعلى المعلم والقاطع ضمان) أقول قوله ضمان فاعل لقوله لايجب ومعناه لايجب الضمان على المعلم بل يجب على الأب ولايجب الضمان على القاطع أيضا (قوله بخلاف المقتص له فانه يقطع بالملك) أقول وكذلك القطع باذن المالك الحق والمالك المطلق (قوله دون الاذن) أقول وكذلك المستأجر والمستعير ملكا المنفعة كالركوب دون الاهلاك

والاصل أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق المورث عندهما وليس لابى حنيفة تمسك بصحة العفو من الوارث حال حياة المورث استحسانا كما انه ليس لهما ذلك بصحة العفو من المورث المجروح استحسانا للتدافع والقياس عدم الجواز أما من جهة المورث فلان القتل لم يوجد بعد وأما من جهة الوارث فلوقوعه قبل ثبوت حقه ووجه الاستحسان أن السبب قد تحقق فصح من كل منهما لذلك واذا ظهر ذلك ظهر وجه قولهما ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وما كان كذلك كان حكمه حكم الدين وحكمه أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين واستدل لهما على أن طريقه طريق الوراثة بقوله وهذا لانه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما فى الدية ولهذا لوانقلب مالا يكون للميت تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه ولابى حنيفة أن طريقه طريق الخلافة وهو أن يثبت لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لأن العبد ليس بأهل للملك كما أن الميت ليس من أهل القصاص لكونه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت والوراثة هو أن يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وقوله (بخلاف الدين) جواب عن قولهما كالدين (لانه) أى الميت من أهل الملك فى الاموال كما اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد الغائب البينة بعد حضوره وهذا أنسب للقواعد الفقهية فان المحل مما للشبهة فيه مجال وقوله (فان أقام القاتل البينة) واضح وقوله (لانهما يجران) تعليل لقوله فشهادتهما باطلة وتعليل قوله وهو عفو منهما لم يذكره وهو ما قال الامام

المحبوبى لانهما زعما أن القود قد سقط وزعمهما معتبر فى حقهما

لهما فى الخلافية أن القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك فى المعوض كما فى الدية ولهذا لوانقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب أحد الورثة خصما عن الباقين وله أن القصاص طريقه الخلافة دون الوراثة ألا ترى أن ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله بخلاف الدين والدية لانه من أهل الملك فى الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره (فان كان أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص) لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه فى القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو من الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب (وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا وأحد الرجلين غائب فهو على هذا) لما بيناه قال (فان كان الاولياء ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر أنه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما) لانهما يجران بشهادتهما الى أنفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا

العفو منه احتيالا للدرء أيضا وأما عندهما فالقصاص حق ثابت للمورث ابتداء من كل الوجوه ثم ينتقل بعد موته الى الوارث بطريق الوراثة كسائر أملاكه فيتجه عليهما المؤاخذة لصحة العفو من

(قال المصنف لهما فى الخلافية أن القصاص طريقه الوراثة كالدين) أقول فى شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد لهما أن القصاص يصير مملوكا للمقتول ثم يصير موروثا عنه كالدين سواء ولهذا يكون للمرأة نصيب فى القصاص والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج الا بطريق الوراثة ثم فى الدين لا تعاد البينة كذا هذا ولابى حنيفة بلى ولكن فيه شبهة ثبوته لهم ابتداء لان الميت لا ينتفع به منفعة دنيوية ولو ثبت لهم ابتداء تعاد له البينة فكذا اذا كان فيه شبهة الثبوت انتهى وعلى هذا ينبغى أن يحمل كلام المصنف يعنى أن القصاص فيه شبهة كون طريقه الخلافة دون الوراثة فحينئذ تندفع المخالفات والمناقضات كما لا يخفى وفى شرح الامام التمرتاشى ولابى حنيفة رحمه الله أن فى القصاص شبهة ثبوته ابتداء لانهم هم الذين ينتفعون بالقصاص دون الميت فانه لا يقضى منه ديونه ولا ينفذ منه وصاياه ومن هذا الوجه لا ينتصب الحاضر خصما عن الغائب والقصاص لا يثبت مع الشبهة ولا كذلك الخطأ والدين لانه مال والميت ينتفع به فثبت له ثم ينتقل الى الوارث وكذا لوانقلب القصاص مالا كان حقا للمقتول تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه انتهى والحاصل أن الامام أبا حنيفة رحمه الله تعالى تارة يعتبر الوراثة اذا كان فى اعتباره نفع فى سقوط القصاص وتارة يعتبر شبهة الخلافة اذا كان النفع فى اعتباره وفى غاية البيان ولابى حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للتشفى ودرك الثأر وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث انه بدل النفس حق للميت ولهذا لوانقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه الى آخر ما ذكره قال الامام الزيلعى فى قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص ثبت للوارث ابتداء (قوله كما أنه ليس لهما ذلك) أقول يعنى ليس لهما تمسك كأبى حنيفة (قوله للتدافع) أقول هذا تعليل لقوله وليس لابى حنيفة تمسك ولقوله كما أنه ليس لهما ذلك الخ يعنى للتدافع بين التمسكين (قوله وهذا لانه عوض نفس قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) أقول يعنى الباء للمعاوضة (قوله ولا يتصور الفعل من الميت) أقول لا بد هنا من مراجعة التمرتاشى

وقوله (فان صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) يتأتى فيه الاقسام العقلية لانه اما أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه جميعا أو يكذباهما أو يصدقهما القاتل دون المشهود عليه أو بالعكس والمذكور فى الكتاب أولاهو أن يصدقهما القاتل وحده وفيه الدية بينهم أثلاثا لماذكر فى الكتاب من التعليل وأشار بقوله وحده الى أنهما لوصدقاهما ضمن القاتل للشاهدين ثلثى الدية لاغير لانهما ادعيا على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولاشئ للمشهود عليه لانه بتصديقه الشاهدين فيما شهدا أقر بالعفو فصار كالو ثبت ذلك عيانا وقوله (وان كذبهما) أى كذبهما القاتل والمشهود عليه أيضا (فلاشئ للشاهدين وللمشهود عليه ثلث الدية) لماذكره فى الكتاب

وقوله (وان صدقهما المشهود عليه وحده) يعنى وكذبهما القاتل (غرم القاتل للمشهود عليه ثلث الدية) لاقراره له بذلك وفى بعض النسخ ولكنه يصرف ذلك الى الشاهدين وهذا استحسان والقياس أن لايلزمه شئ لان مادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وماأقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان أن القاتل بتكذيبه الشاهدين أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص سقط بدعواهما العفو عن الثالث وانقلب نصيبه مالا والثالث لما صدق الشاهدين فى العفو فقد زعم أن نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما بما أقر به القاتل فيجوز قراره بذلك بمنزلة مالو أقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لى ولكنها لفلان جاز وصار الالف لفلان كذا هذا قال (واذا شهد الشهود أنه ضرب به) صورة المسئلة ظاهرة وقوله (واذا كان عمدا) أقول المصنف احترز به عن الخطا وتاويله

(فان صدقهما القاتل فالدية بينهم أثلاثا) معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد أقر بثلثى الدية لهما فصح اقراره الا أنه يدعى سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه (وان كذبهما فلاشئ لهما وللآخر ثلث الدية) ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا وهذا لانهما أقرا على أنفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال (واذا شهد الشهود أنه ضرب به فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا) لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفى ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات

الوارث حال حياة المورث استحسانا بالاجماع فتدبر (قوله وان كذبهما فلاشئ لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل أيضا) قال صاحب النهاية فى شرح هذا المقام وان كذبهما فلاشئ أى وان كذبهما المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل عند تكذيب المشهود عليه يجب على القاتل دية كاملة بينهم أثلاثا ثم قال وفى بعض النسخ معناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا فحينئذ كان معنى قوله وان كذبهما أى وان كذبهما القاتل انتهى وعلى طرزه شرح صاحب الغاية أيضا الا أنه جعل النسخة الثانية أصلا على عكس ما فى النهاية وقال والاول أصح أقول مدار ماذكرا فى شرح المقام على أنهما فهما أن مراد المصنف بقوله معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وكذا بقوله فى النسخة الاخرى معناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا بيان الكلام المقدر فى عبارة الجامع الصغير وهى قوله وان كذبهما فلاشئ لهما فانهما جعلا فاعل كذبهما فى قوله وان كذبهما فلاشئ لهما ضميرا راجعا الى المشهود عليه على نسخة معناه اذا كذبهما القاتل أيضا وضميرا راجعا الى القاتل على نسخة معناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا وهذا لايتصور الا بأن يكون مراد المصنف فى النسخة الاولى أن جملة اذا كذبهما القاتل أيضا مقدرة فى عبارة الجامع الصغير فتقديرها وان كذبهما المشهود عليه فلاشئ لهما اذا كذبهما القاتل أيضا وفى النسخة الاخرى أن جملة اذا كذبهما المشهود عليه أيضا مقدرة فيها فتقديرها وان كذبهما القاتل فلاشئ لهما اذا كذبهما المشهود عليه أيضا لكن ليس ماذهبا اليه بسديد اذ يأباه قطعا قول المصنف معناه لان المقدر لا يكون معنى المذكور والحق عندى أن مراد المصنف بيان اعتبار مجرد قيد أيضا فى عبارة الجامع الصغير هنا كما أنه بين قبيله اعتبار قيد وحده فى عبارته حيث قال معناه اذا صدقهما وحده فمراده على النسخة الاولى أن معنى قول محمد فى الجامع الصغير وان كذبهما اذا كذبهما القاتل أيضا أى مع المشهود عليه كما أن معنى قوله

(قال المصنف ومعناه اذا كذبهما القاتل أيضا) أقول قال الاتقانى فعلى هذا يكون تقدير قوله وان كذبهما أى المشهود عليه وفى بعض النسخ ومعناه اذا كذبهما المشهود عليه أيضا وهو أصح انتهى وجه الاصحية نبو مساق الكلام عن النسخة الاولى فانه عطف على قوله صدقهما القاتل الخ ومقابل له والفاعل المذكور فيه هو القاتل فالمضمر هنا يكون ذلك وأيضا ينبغى أن يقال حينئذ وله ثلث الدية دون وللآخر تدبر (قوله وفى بعض النسخ الى قوله وصار الألف لفلان كذا هذا) أقول الى هنا ما فى بعض النسخ

ثم قال (وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب بشئ جارح) لانه اذا لم يكن كذلك لا يجب القود عند أبي حنيفة كما تقدم قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن قد يكون خطأ فكيف يثبت القود وأجيب بأنهم لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وانما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف (وقوله واذا اختلف شاهدا القتل) ظاهر وقد تقدم في الشهادات أن اختلاف الشاهدين في الاموال يمنع عن الحكم بها ففي النفوس أولى وقوله (لان المطلق يغاير المقيد) فان المطلق يوجب الدية في ماله والمقيد بالعصا على العاقلة وقوله (فان شهدوا أنه قتله) واضح وقوله (لانه يحمل اجمالهم في الشهادة) فيه صنعة التجنيس التام كما في قوله تعالى و يوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة الاول بمعنى الابهام والثاني بمعنى الصنيع وهو الاحسان وهو في الحقيقة جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود في قولهم لا ندري بأي شئ قتله اما صادقون أو كاذبون لعدم الواسطة بين الصدق والكذب وعلى كلا التقديرين يجب أن لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بها لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا فكذلك لانهم صاروا فسقة ووجه ذلك

وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب بشئ جارح قال (واذا اختلف شاهدا القتل في الايام أو في البلد أو في الذي كان به القتل فهو باطل) لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان أو في مكان غير القتل في زمان أو مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد (وكذا اذا قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لا أدري بأي شئ قتله فهو باطل) لان المطلق يغاير المقيد قال (وان شهدا أنه قتله وقالا لا ندري بأي شئ قتله ففيه الدية استحسانا) والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان أنهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه

فيما قيل فان صدقهما القاتل اذا صدقهما وحده أي بدون المشهود عليه والقيدان منويان بمعونة المقام ومراده على النسخة الاخرى معنى قول محمد وان كذبهما اذا كذبهما المشهود عليه أيضا أي مع القاتل فحينئذ ينتظم الكلام ويتضح المرام (قوله وتأويله اذا شهدوا أنه ضرب بشئ جارح) قال في الكفاية وانما أول لتكون المسئلة مجمعا عليها وقال في معراج الدراية نقلا عن الذخيرة ما ذكر في الجامع الصغير ان كان قولهما فهو يجري على اطلاقه وان كان قول الكل فتأويله أن تكون الآلة جارحة انتهى ثم قال جمهور الشراح فان قيل الشهود شهدوا على الضرب بشئ جارح ولكن الضرب به قد يكون خطأ فكيف يثبت القود مع أنهم لم يشهدوا أنه كان متعمدا قلنا لما شهدوا أنه ضربه بسلاح فقد شهدوا أنه قصد ضربه لانه لو كان مخطئا لا يحل لهم أن يشهدوا أنه ضربه وانما يشهدون أنه قصد ضرب غيره فأصابه وقالوا كذا ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك السؤال والجواب وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية لانه أشار اليه بقوله اذا كان عمدا نعم يرد على عبارة الجامع الصغير ولهذا احترز عنه المصنف انتهى وأنا أقول نعم لا يرد على المصنف ذلك السؤال بعد ما قيد مسئلة الجامع الصغير بقوله اذا كان عمدا لكن يرد عليه أن يقال ليس لهذا التقييد ههنا وجه لانه ان أراد به أن وجوب القود في مسئلة الجامع الصغير فيما اذا صرح الشهود بكون ضربه عمدا لا فيما اذا أطلقوا ضربه ولم يقيدوا بكونه عمدا فليس الامر كذلك على ما ذكره شيخ الاسلام ونقل عنه شراح الكتاب فانه صريح في أن تصريح الشهود بذكر العمد ليس بلازم في وجوب القود في المسئلة المذكورة وان لم يرد به ذلك بل كان معترفا بما ذكره شيخ الاسلام فلا حاجة الى تقييده المزبور بل لا وجه له كما لا يخفى (قوله والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف أحكامهما) أقول لو قال بدل قوله المذكور والقتل بآلة غير القتل بآلة كما قال في الزمان والمكان لكان أجمل وأشمل أما كونه أجمل فظاهر وأما كونه أشمل فلان الاختلاف في الذي كان به القتل غير منحصر في الاختلاف فيما يوجب الاختلاف في الاحكام كالعصا والسلاح بل يعم الاختلاف في غير ذلك أيضا كالسيف والرمح فان القتل بكل واحد منهما عمد يوجب القود ومع ذلك لو قال أحد الشاهدين قتله بسيف وقال الآخر قتله برمح كانت شهادتهما أيضا باطلة نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وشهد الآخر أنه طعنه برمح أو شهد أحدهما أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة انتهى (قوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه) فيه صنعة التجنيس

(قوله وأقول هذا ليس بوارد على صاحب الهداية الخ) أقول لكن يرد على المصنف أنه اذا كان جواب المسئلة ما ذكره المجيب وقد نص عليه الامام خواهر زاده يكون التقييد بقوله اذا كان عمدا للاحتراز عن الخطأ مما يعد لغوا بل خطأ لايهامه خلاف الواقع فتأمل

وأولوا كذبهم فى نفى العلم بظاهر ماورد باطلاقه فى اصلاح ذات البين وهذا فى معناه

التام كما فى قوله تعالى و يوم تقوم الساعة يقسم المجرمون ما لبثوا غير ساعة فالاجمال الاول ههنا بمعنى الابهام والثانى بمعنى الصنيع وهو الاحسان ثم ان كثيرا من الشراح قالوا قول المصنف هذا جواب عما يرد على وجه الاستحسان وهو أن يقال الشهود فى قولهم لا ندرى باى شئ قتله اما صادقون أو كاذبون وعلى كلا التقديرين ينبغى أن لا تقبل شهادتهم لانهم ان صدقوا امتنع القضاء بهذه الشهادة لاختلاف موجب السيف والعصا وان كذبوا صاروا فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل فقال فى جوابه انهم جعلوا عالمين بانه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندرى اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفوا عند الله تعالى لما جاء فى الحديث ليس بكذاب من يصلح بين اثنين فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله أولوا كذبهم بظاهر ماورد باطلاقه أى بظاهر ماورد بتجويز الكذب انتهى كلامهم أقول فيه نظر اذ لا ورود لما ذكروه على وجه الاستحسان أصلا حتى يرتكب المصنف لدفعه هذا المضيق وذلك لان ما ذكروه من المحذور فى صورة ان صدق الشهود هو بعينه ما ذكره المصنف فى وجه القياس فى هذه المسئلة وقد حصل الجواب عنه فى وجه الاستحسان الذى ذكره من قبل توضيحه هو أنه لم تكن شهادة واحد منهم بالقتل بآلة وشهادة الآخر منهم بالقتل بآلة أخرى حتى يتحقق الاختلاف بينهم فى الشهادة بناء على اختلاف الفعل باختلاف الآلة بل كانت شهادة كل واحد منهم بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل ولهذا وجب العمل به كما عرف فى أصول الفقه فيحمل على الاقل المتيقن فيجب أقل موجبيه وهو الدية فيحصل الاتفاق بينهم من هذا الوجه فلا يتوجه أن يقال ان صدق الشهود امتنع القضاء بشهادتهم لوقوع الاختلاف باختلاف الآلة وأيضا قول المصنف فى ذيل هذا الكلام فلا يثبت الاختلاف بالشك يأبى كون مراده بكلامه هذا هو الجواب عما ذكره هؤلاء الشراح اذ يكون حاصل الجواب حينئذ اختيار أنهم كاذبون ومنع فسقهم بناء على تأويلهم كذبهم بما ورد فى الحديث فلا يبقى الاحتياج اذ ذاك الى قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك بل لا يكون له مساس بالجواب المذكور فيلزم أن يكون لغوا من الكلام والحق عندى أن قول المصنف ولانه يحمل اجمالهم فى الشهادة الخ وجه آخر للاستحسان يظهر تقريره وتطبيقه للمقام بأدنى تأمل صادق ويخرج منه الجواب عن وجه آخر للقياس فى هذه المسئلة مذكور فى الكافى وغيره وهو أن الشهادة بالوجه المذكور غفلة من الشاهدين فلا تقبل (قوله وهذا فى معناه) قال جمهور الشراح أى ستر الشاهد على المشهود عليه فى معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا كما أن الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هنالك ورودا ههنا انتهى أقول فيه بحث لان المندوب اليه فى باب القتل انما هو عفو أولياء القتيل دون عفو الشهود كيف ولو كان العفو حق الشهود لكان الافضل لهم أن لا يشهدوا رأسا بما يتعلق بالقتل كما فى الحدود فلزم أن لا يوجد الباعث على ارتكابهم الكذب فى شهادتهم المذكورة ههنا بخلاف اصلاح ذات البين فانه قد يتوقف على ارتكاب الكذب فيرخص الكذب هنالك وقصد بعض الفضلاء توجيه كلامهم فقال ينبغى أن يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تلو الوجوب فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو عنه ثم قال والاظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب اليه انتهى أقول يرد على توجيهه أيضا أن يقال لو كان درء القصاص من غير شبهة مندوبا اليه وكان درؤه جائزا للشهود بعد أن عاينوا القتل بجارح عمدا لكان عليهم أن لا يشهدوا بالقتل أصلا فلا يوجد ما يسوغ ارتكابهم الكذب فى طريق شهادتهم المذكورة هنا ثم ان وروده هذا على ما عده أظهر ههنا أظهر اذ لو كان ستر القصاص مندوبا اليه لكان الافضل للشهود أن يستروه طرا بان لا يشهدوا

فلا

أنهم جعلوا عالمين بأنه قتله بالسيف لكنهم بقولهم لا ندرى اختاروا حسبة الستر على القاتل وأحسنوا اليه بالاحياء وجعل كذبهم هذا معفوا عند الله لما جاء فى الحديث ليس كذاب من يصلح بين اثنين فبتأويلهم كذبهم بهذا لم يكونوا فسقة فتقبل شهادتهم وهو معنى قوله (وأولوا كذبهم بظاهر ماورد باطلاقه) أى بتجويز الكذب وقوله (وهذا فى معناه) أى ستر الشاهد على المشهود عليه فى معنى اصلاح ذات البين بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا كما أن الاصلاح مندوب اليه هنالك فكان ورود الحديث هنالك ورودا ههنا

(قوله بجامع أن العفو مندوب اليه ههنا الخ) أقول ينبغى أن يكون المراد بالعفو درء القصاص والا فهو تلو الوجوب فحيث لا وجوب للقصاص لا عفو منه ويمكن أن يقرر هذا البحث بوجه آخر بأن يقال انه لا يكذب للعفو لانه فرع وجوب القصاص والاظهر أن يقول بجامع أن الستر مندوب اليه أو يقال هذا اصلاح معنى حيث يخلصه بهذا الكذب عن القتل الذى لا مضرة فوقه وأى اصلاح يعادله وأنت خبير اذا قيل مراده من العفو الدرء لا يدفع المحذور

فلا يثبت الاختلاف بالشك وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة
قال (واذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله أن يقتلهما وان شهدوا على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله) والفرق أن الاقرار والشهادة يتناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاولى من المقر له وفي الثانية من المشهود له غير أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

﴿باب في اعتبار حالة القتل﴾

قال (ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة

بالقتل أصلا كما في الحدود فلا وجه لارتكابهم الكذب قط تأمل ترشد (قوله فلا يثبت الاختلاف بالشك) قال في العناية يعني اذا احتمل أن يكونوا عالمين وأجلوا واحتمل أن لا يكونوا كذلك وقع الشك والاختلاف لا يثبت بالشك انتهى أقول لقائل أن يقول كما لا يثبت الاختلاف بالشك لا يثبت الاتفاق بذلك أيضا ومن شرائط قبول الشهادة اتفاق الشاهدين فاذا لم يثبت الاتفاق فكيف يتصور القبول تدبر (قوله غير أن تكذيب المقر له في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته أصلا) قال صاحب الغاية في هذه المسئلة اذا أقر كل واحد منهما بالقتل فقد أقر كل واحد منهما بالاتلاف لجميع النفس وقد صدق الولي كل واحد منهما باتلاف بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له أن يقتلهما وأما في الشهادة فلما كذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل انتهى وقال صاحب النهاية في بيان صورة الاقرار لما أقر كل واحد منهما بالقتل صدق الولي بقوله قتلتماه كل واحد منهما في نصف القتل وكذبه في النصف والتكذيب في نصف ما أقر به لا يبطل الاقرار أما التكذيب في كل ما أقر به يبطل الاقرار لانه حينئذ يكون رد الاقراره والاقرار يرتد بالرد انتهى أقول هذا الشرح والبيان من ذينك الشارحين مما لا يكاد يصح لما مر غير مرة أن القتل لا يتجزأ فكيف يتصور اتلاف بعض النصف ونصف القتل كما زعماه وبنيا عليه معنى المقام وأيضا قد مر أن الاصل عندنا فيما اذا قتل جماعة واحدا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال وبهذا الاعتبار يحصل التماثل بين الجماعة والواحد فيجب القصاص على الجميع فكيف يصح القول بوجوب القصاص باتلاف بعض النفس ونصف القتل كما هو اللازم فيما نحن فيه على مقتضى تقريرهما والصواب أن معنى المقام هو أن كل واحد منهما أقر بالقتل بانفراده وقد صدق الولي كل واحد منهما بقوله قتلتماه جميعا في بعض ما أقر به وهو القتل وكذبه في بعضه الآخر وهو انفراده فعلى مقتضى أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي يؤاخذ كل واحد منهما باقراره بالقتل فللولي أن يقتلهما جميعا وان رد انفراد كل واحد منهما بالقتل ويصير كما اذا قتل جماعة واحدا عمدا حيث يقتص من جميعهم اجماعا بخلاف صورة الشهادة كما بين في الكتاب

﴿باب في اعتبار حالة القتل﴾

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به كذا في الشروح

والاختلاف لا يثبت بالشك (وتجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة) وقوله (واذا أقر الرجلان الخ) مسئلتان مبناهما على أن تكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل اقراره في الباقي فان من أقر بألف درهم وصدقه المقر له في النصف وكذبه في النصف يصح الاقرار فيما صدقه وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما يشهد به يبطل شهادته أصلا لكونه تفسيقا له وفسق الشاهد يمنع القبول بخلاف فسق المقر وقيد بقوله في بعض ما أقر به لانه اذا أكذبه في كل ما أقر به بطل الاقرار لانه رد لاقراره وعلى هذا لو قال المقر له بدل قوله قتلتماه صدقتما لم يكن له أن يقتل واحدا منهما لان معنى قوله صدقتما معنى قوله صدقت لكل واحد منهما ومعناه أنت قتلت وحدك وفي ذلك تكذيب الآخر في الجميع وهو تكذيب لهما

﴿باب في اعتبار حالة القتل﴾

لما كانت الاحوال صفات لذويها ذكرها بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به (ومن رمى مسلما فارتد المرمى اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية لورثة المرتد عند أبي حنيفة

وقالا لاشئ عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه وذلك ابراء للضامن) لان من أخرج المتقوم عن التقوم سقط حقه كالمغصوب منه اذا أعتق المغصوب فانه صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه وصار به مبرئا (كما اذا أبرأه) أى الرامى عن الجناية أو حقه (بعد الجرح) أى انعقاد سببه وهو الرمى قبل أن يصيبه السهم (ولابى حنيفة أن الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعده) وما هو كذلك فالمعتبر فيه وقت الفعل كالغصب (فيعتبر حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم) واستوضح اعتبار وقت الرمى بما اذا رمى صيدا ثم ارتد والعياذ بالله ثم أصاب فان ردته بعد الرمى لا تحرم لان فعله ذكاة شرعا وقد تم موجبا للحل بشرطه وهو التسمية وبما اذا كانت الجناية خطأ فكفر بعد الرمى قبل الاصابة فانه صحيح وهذه العبارة أنسب مما قاله المصنف حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لامكان اعتبار وقت الاصابة هنالك فان قيل ان كان ما ذكرتم صحيحا بجميع مقدماته والفعل عمدا فالواجب القصاص أجاب بقوله (والفعل وان كان عمدا فالقود يسقط بالشبهة) يعنى الشبهة الناشئة من اعتبار حالة الاصابة (ووجبت الدية) أى فى ماله ولو كانت المسئلة بالعكس فلا شئ فى قولهم جميعا (وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) ثم وقع به السهم (لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك) ونوقض بما اذا رمى الى صيد فى الحل فدخل الحرم ثم أصابه السهم فمات وجب الجزاء على الرامى وأجيب بأن جزاء صيد الحرم لا يختص بالفعل ولهذا يجب بدلالة المحرم واشارته وهذا لا يكون أقل من ذلك

وقالا لاشئ عليه) لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه كما اذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمى اذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمى والمرمى اليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمى فى حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامى بعد الرمى وكذا فى حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجبت الدية (ولو رمى اليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه فى قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فأسلم) لان الرمى ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك

(قوله وقالا لاشئ عليه لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه) قال فى العناية الا أن أبا حنيفة رحمه الله يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان فى اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى أقول لهما أن يقولا فى الجواب عنه انا لا نريد بالابراء فى قولنا انه بالارتداد صار مبرئا حقيقة الابراء بل نريد بذلك الابراء الحكمى لانه بارتداده لما أسقط تقوم نفسه شرعا أسقط حقه معنى لان ما لا تقوم له لا ضمان له فى الشرع فصار فعله فى حكم الابراء شرعا سواء طابق اعتقاده

قال

(قال المصنف وقالا لاشئ عليه) أقول قال الكاكى وبه قالت الائمة الثلاثة لان التلف حصل فى محل لا عصمة له فيكون هدرا كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وكما لو أبرأه بعد الجرح أى عن الجناية أو حقه وكما لو أبرأه عن حقه أو الجناية ثم أصابه السهم وكما لو أعتق المالك العبد المغصوب يصير مبرئا للغاصب عن الضمان كذا ذكره فى جامع صدر الاسلام انتهى وفى شرح شاهان وبخلاف ما اذا ارتد بعد الجرح لان عدم وجوب الضمان باعتبار أن الارتداد قاطع للسراية كالعتق لا باعتبار أنه صار مبرئا انتهى (قال المصنف لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا) أقول قال الاتقانى هذا لا يصح لان عنده يعنى عند المرتد أن الردة لا تبطل التقوم وكيف يكون مبرئا عن ضمان الجناية كذا ذكره قاضيخان انتهى وفيه بحث (قال المصنف كما اذا أبرأه) أقول أى بالارتداد فانه اذا ارتد بعد الجرح قبل الموت لا تجب الدية ويجوز أن يكون المراد بالابراء العفو لكن الاول أنسب للمقام (قوله أو حقه بعد الجرح الخ) أقول لا تمس الحاجة الى اخراج الكلام عن ظاهره هنا فانه على ظاهره يصح أن يكون مقيسا عليه لصورة النزاع بخلاف ما فى دليل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من قوله حتى جاز بعد الجرح قبل الموت كما لا يخفى (قوله أى انعقاد سببه وهو الرمى قبل أن يصيبه السهم) أقول فيه شئ (قال المصنف ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شئ عليه فى قولهم جميعا) أقول قال الكاكى فى معراج الدراية أى فى قول أصحابنا وقال الشافعى وأحمد يجب عليه فى المرتد والحربى اذا أصابهما الرمية بعد اسلامهما الدية لان الاعتبار بحالة الاصابة اذ الرمى سبب والاصابة جناية والاعتبار بحالة الجناية كما لو حفر بئرا الحربى فوقع فيها بعد اسلامه وقلنا ان الرمى لم ينعقد موجبا للضمان لان المرمى غير متقوم وان أصابه متقوما بعده وان أصحابنا اعتبروا حالة الرمى كما فى هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما سيجئ وكذا فى مسئلة الذمى ثم تمجس وكذا فى مسئلة المحرم الا أنهما يقولان فى مسئلة رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا للرامى عن الضمان ولهذا قالوا يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة رحمه الله يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا فى جامع قاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى الى هنا كلام العلامة الكاكى الا أن قول المصنف فيعتبر حالة الرمى ينبو عن ذلك بعض نبوة

(وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى) حتى لو كانت قيمته قبل الرمى ألف درهم و بعده ثمانمائة درهم لزمه مائتا درهم لان العتق قاطع للسراية لاشتباه من له الحق لان المستحق حال ابتداء الجناية المولى وحال الاصابة العبد لحريته فصار العتق بمنزلة البرء كما اذا قطع يد عبد أو جرحه ثم أعتقه المولى ثم سرى فان العتق يقطع السراية حتى لا يجب بعد العتق شئ من الدية والقيمة وانما يضمن النقصان واذا انقطعت السراية بقى مجرد الرمى وهى جناية تنتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب ذلك أى فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى ولهما أنه يصير قاتلا الى آخر ما فى الكتاب وهو ظاهر على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف يحتاج الى الفرق بين هذه و بين ما اذا رمى مسلما فارتد والعياذ بالله قبل الاصابة حيث اعتبر هنالك حالة الاصابة وههنا حالة الرمى وهو أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما والضمان يعتمد العصمة فلا يجب الضمان بالمنافى وأما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى الا فى صورة الارتداد (وقوله بخلاف القطع والجرح) جواب عما ذكرنا لمحمد من صورة الجرح والقطع استشهادا على قطع السراية وتحقيقه أن العتق فيهما يوجب قطع السراية لاختلاف نهاية الجناية وبدايتها فان ذلك بمنزلة تبدل المحل ولا نسلم تحققه فى المتنازع فيه

قال (وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى) عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى وقول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة له أن العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقى مجرد الرمى وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمى لان فعله الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شئ لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية

أولم يطابق ولعل تفريع المصنف قوله فيكون مبرئا للرامى عن موجبه على قوله لانه بالارتداد أسقط تقوم نفسه يومى الى ما ذكرناه (قوله وقول أبو يوسف مع قول أبي حنيفة رحمهما الله) قلت لعل وجه عدول المصنف ههنا عن التحرير المألوف حيث لم يقل فيما قبل عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما هو المعتاد فى نظائره بل قال بعد بيان الخلاف بين أبي حنيفة ومحمد وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله هو أن كون أبي يوسف مع أبي حنيفة فى هذه المسئلة ليس مما اتفقت عليه الروايات لان الفقيه أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد فى شرح الجامع الصغير فى هذه المسئلة وذكر فخر الاسلام البزدوى فى شرحه قوله مع أبي حنيفة كما بين فى غاية البيان فلو قال المصنف فى أول المسئلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف لفهم منه اتفاق الروايات عليه بناء على ما هو المألوف فى نظائره فغير الاسلوب اشارة الى أن فيه اختلاف الرواية وان المختار عنده كون قوله مع أبي حنيفة (قوله ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمى لان فعله الرمى وهو مملوك فى تلك الحالة فتجب قيمته) قال الشراح مر أبو حنيفة فى هذه المسئلة على أصله وأبو يوسف فرق بين هذه و بين ما تقدم ووجه الفرق أن المرمى اليه خرج بالارتداد من أن يكون معصوما فصار مبرئا عن الجناية اذ الضمان يعتمد العصمة والردة تنافيها وأما الاعتاق فانه لا ينافى العصمة فيجب عليه ضمان قيمته للمولى انتهى أقول فى وجه الفرق نظر لان الاعتاق وان لم يناف العصمة الا أنه ينافى كون المحل مالا متقوما فينبغى أن يصير المولى أيضا مبرئا عن ضمان قيمة العبد المرمى اليه باعتاقه اياه قبل الاصابة لان ضمان القيمة انما يتصور فيما هو مال متقوم ولما أخرجه المولى بالاعتاق من أن يكون مالا متقوما فقد أسقط حقه فى قيمته ألا يرى أن المغصوب منه اذا أعتق العبد المغصوب صار مبرئا للغاصب عن الضمان باسقاط حقه بالاجماع كما صرحوا به فلم لم يكن الامر كذلك فيما نحن فيه ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر الفرق المزبور من قبل أبي يوسف قال ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى الا فى صورة الارتداد انتهى أقول ليس هذا بسديد لانه مع كونه ظاهر الفساد اذ لو يعتبر أبو يوسف وقت الرمى فى صورة الارتداد لما صح منه القول بأنه صار بالارتداد مبرئا عن الضمان فان الابراء انما يصح بعد انعقاد السبب مخالف لما صرح به كبار المشايخ فى شروح الجامع الصغير كما ذكر فى النهاية ومعراج الدراية فانه قال فى النهاية وهما يقولان بقول أبي حنيفة فى أن المعتبر حالة الرمى ولهذا وافقاه فى هذه المسائل يعنى المسائل الآتية فى الكتاب ونظائرها الا أن المرمى اليه فى مسئلتنا لما ارتد صار مبرئا للرامى عن الدية باخراجه نفسه من أن يكون معصوما وفعله معتبر فى اسقاط حقه كما اذا أبرأ المغصوب منه الغاصب باعتاق المغصوب على ما ذكرنا الا أن أبا حنيفة يقول ان قولهما انه بالارتداد صار مبرئا عن ضمان الجناية غير صحيح لان

(قوله ومن هذا يعلم أن أبا يوسف يعتبر وقت الرمى الا فى صورة الارتداد) أقول المعتبر فيها أيضا عنده وقت الرمى فيها لكنه يقول صار بالارتداد مبرئا عن الضمان ولو لم يكن المعتبر وقت الرمى فيها لم يصح قوله صار مبرئا فان الابراء بعد تحقق السبب وانعقاده

لان الرمى قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لعدم أثر منه فى المحل وانما تقل به الرغبات فلم يخالف الانتهاء الابتداء فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا فى وجوب القيمة يعنى ويقول بالدية نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه والباقى ظاهر الخ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب الديات﴾

ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبى الجناية المشروعين للصيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم ومحاسنها محاسن القصاص والدية مصدر من ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس كالعدة من وعد قال (وفى شبه العمد دية مغلظة) شبه العمد قد تقدم معناه وحكمه الدية المغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه فى أول الجنايات

﴿كتاب الديات﴾

قال الزيلعى الدية هى اسم للمال الذى هو بدل النفس ومصدر يقال ودى القاتل المقتول دية اذا أعطى وليه ذلك سمى ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر انتهى والاولى أن يقال الدية هى المال الواجب بالجناية فى نفس أو طرف (قوله لما أن الدية احدى موجبى الجناية المشروعين للصيانة) أقول فان قيل اذا كانت الدية احدى موجبيها ينبغى أن تذكر فى كتابها فى باب مستقل ولا تجعل كتابا على حدة قلنا نعم الا أنه نظر الى عموم مباحثها وعموم مواردها وكثرة الاختلافات فيها ولهذا عنون محمد كتاب الجنايات بكتاب الديات وذكر أحكام الجنايات فيها من القصاص وغيره

أما الرمى قبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له فى المحل وانما قلت الرغبات فيه فلا يجب به ضمان فلا تخالف النهاية والبداية فتجب قيمته للمولى وزفر وان كان يخالفنا فى وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال (ومن قضى عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به الحجر فلا شئ على الرامى) لان المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها (واذا رمى المجوسى صيدا ثم أسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل) لان المعتبر حال الرمى فى حق الحل والحرمة اذ الرمى هو الذكاة فتعتبر الاهلية وانسلابها عنده (ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شئ عليه) لان الضمان انما يجب بالتعدى وهو رميه فى حالة الاحرام وفى الاول هو محرم وقت الرمى وفى الثانى حلال فلهذا افترقا

﴿كتاب الديات﴾

قال (وفى شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل) وقد بيناه فى أول الجنايات

فى اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن ضمان الجناية كذا فى الجامع الصغير لقاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى وقال فى معراج الدراية وأصحابنا اعتبروا حالة الرمى كما فى هذه المسئلة وكذا مسئلة الرجم على ما يجىء وكذا فى مسئلة الرمى ثم تمجس وكذا فى مسئلة المحرم على ما سيجىء الأئمة ما يقولان فى مسئلة أن رمى مسلما فارتد أنه بالارتداد يصير مبرئا الرامى عن الضمان ولهذا قالا يصير بالارتداد مبرئا والابراء انما يصح بعد انعقاد السبب وأبو حنيفة يقول بالارتداد لا يصير مبرئا لان فى اعتقاد المرتد أن الردة لا تبطل التقوم فكيف يصير مبرئا عن الضمان كذا فى جامع قاضيخان والتمرتاشى والمحبوبى انتهى (قوله أما الرمى قبل الاصابة ليس باتلاف شئ لانه لا أثر له فى المحل) أقول لمتوهم أن يتوهم أن هذا الكلام ينافى ما قاله فى صدد دليلهما من انه يصير قاتلا من وقت الرمى فان القتل لا يتصور بدون اتلاف شئ من المقتول والجواب أن معنى ما قاله فى صدد دليلهما هو انه يصير بمنزلة القاتل من وقت الرمى من جهة استناد الحكم الى وقت الرمى عند الاتصال بالمحل وقد أشار اليه صاحب الغاية بقوله هنا وانما انقلب الرمى علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمى فكأنه وجد من ذلك الوقت انتهى

﴿كتاب الديات﴾

قال الشراح ذكر الديات بعد الجنايات ظاهر المناسبة لما أن الدية احدى موجبى الجناية فى الآدمى المشروعين صيانة لكن القصاص أشد صيانة فقدم انتهى أقول يرد على ظاهر هذا الوجه انه انما يقتضى أن يذكر الديات فى كتاب الجنايات كالقصاص بأن يوضع لكل واحد منهما باب مستقل من كتاب الجنايات لكون كل منهما موجب الجنايات لا أن يجعل الديات كتابا على حدة كما هو الواقع فى الكتاب والجواب أن مقصودهم هنا بيان وجه مناسبة ذكر الديات بعد ذكر الجنايات وهذا المقصود يحصل بما ذكروه قطعا وأما جعل الديات كتابا على حدة دون باب من أبواب الجنايات فله وجه آخر لم يذكروه أصالة وهو انه لما كثرت مسائل الديات ومباحثها استحقت أن تجعل كتابا على حدة ككتاب الطهارات بالنسبة الى سائر شروط الصلاة وكتاب الصرف بالنسبة الى سائر أنواع البيع ثم اعلم أن ما وقع فى الكتاب وضع القدورى فى مختصره وأما الشيخ أبو الحسن الكرخى فقدم فى مختصره كتاب الديات على

قال

قال (وكفارته عتق رقبة مؤمنة) لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية (فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين) بهذا النص (ولا يجزئ فيه الاطعام) لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف

كتاب الجنايات والشيخ أبو جعفر الطحاوى قدم القصاص على الديات ولكن جعلهما فى كتاب واحد وترجم الكتاب بكتاب القصاص والديات والامام محمد رحمه الله ذكر أحكام الجنايات فى كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات أصلا لان عامة أحكام الجنايات هى الديات فان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب فى شبه العمد وفى الخطا وفى شبه الخطا وفى القتل بسبب وفى العمد أيضا اذا تمكن فيه الشبهة فرجح جانب الدية فى نسبة الكتاب اليها ثم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية بالمصدر كذا ذكر فى المغرب وعامة الشروح قال فى القاموس الدية بالكسر حق القتيل جمعها ديات وقال فى الصحاح وديت القتيل أديه دية اذا أعطيت ديته وقال فى الكافى الدية المال الذى هو بدل النفس والارش اسم للواجب على مادون النفس انتهى أقول الظاهر من هذه المذكورات كلها أن تكون الدية مختصة بما هو بدل النفس وينافيه ماسيجىء فى الفصل الآتى من أن فى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى اللحية الدية وفى شعر الرأس الدية وفى الحاجبين الدية وفى العينين الدية وفى اليدين الدية وفى الذكر الدية وفى الرجلين الدية الى غير ذلك من المسائل التى أطلقت الدية فيها على ماهو بدل مادون النفس وكذا ماورد فى الحديث وهو ماروى سعيد ابن المسيب رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضى الله عنه كما سيأتى فالاظهر فى تفسير الدية ماذكره صاحب الغاية آخرا فانه بعد أن ذكر مثل ماذكر فى المغرب وعامة الشروح قال والدية اسم لضمان يجب بمقابلة الآدمى أو طرف منه سمى بها لانها تؤدى عادة لانه قلما يجرى فيه العفو لعظم حرمة الآدمى انتهى (قوله وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف انتهى أقول أخل الشارح المذكور بحق المقام فى تحريره هذا أما أولا فلانه خص بالذكر فى بيان كفارة شبه العمد عتق رقبة مؤمنة وجعل قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليلا عليه فقد قصر فى البيان حيث لم يذكر كون كفارته شهرين متتابعين اذا لم يجد رقبة مؤمنة ولم يصب فى سوق الدليل حيث جعل الدليل على كون كفارته عتق رقبة مؤمنة مجموع قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين مع أن الدليل عليه قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وحده وانما قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين دليل على القسم الآخر من كفارته الذى لم يذكر فى المدعى بخلاف تحرير المصنف فانه بين كل واحد من قسمى كفارته على ترتيبهما حيث قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة ثم قال فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين واستدل على كل واحد منهما بدليل مستقل حيث قال فى تعليل الاول لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ولم يذكر آخر الآية وقال فى تعليل الثانى بهذا النص أى بآخر هذا النص وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وأما ثانيا فلانه قال وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط وفرع عليه قوله فلا يجزئ فيه الاطعام فان كان مدار قيد فقط فى قوله وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط وكذا مدار التفريع فى قوله فلا يجزئ فيه الاطعام على أن تخصيص التحرير والصوم بالذكر فى الآية يدل على نفى ماعداهما كان ذلك قولا بمفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عندنا وان كان مدارهما على ماذكره

(وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة) الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين الآية وهو نص فى كونها بالتحرير أو الصوم فقط (فلا يجزئ فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف)

وقوله (ولانه جعل المذكور كل الواجب) استدلال من الآية بوجهين آخرين أحدهما بالنظر الى الفاء وذلك لان الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شئ ومثله مخل ألا ترى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق وفي نيته أن يقول وعبدي حر ولكنه لم يقل لا يكون الجزاء الا المذكور لئلا يختل الفهم والآخر بالنظر الى المذكور يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان والسكوت في موضع الحاجة الى

البيان بيان (على ماعرف) يعني في أصول الفقه (ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم) لان شرط هذا الاعتاق الاسلام وسلامة الاطراف والاول يحصل باسلام أحد الابوين والثاني بالظهور اذ الظاهر سلامة أطرافه ولا يجزيه مافي البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا لما تلونا) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة (وديته) أي دية شبه العمد (عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) ولم يذكر في بعض نسخ الهداية قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو مخالف لرواية عامة الكتب (وقال محمد والشافعي ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها) والخلفات جمع خلفة وهي الحوامل من النوق فقوله في بطونها أولادها صفة كاشفة والضمير في كلها للثنية واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها ولان

ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ماعرف (ويجزيه رضيع أحد أبويه مسلم) لانه مسلم به والظاهر سلامة أطرافه (ولا يجزئ مافي البطن) لانه لا تعرف حياته ولا سلامته قال (وهو الكفارة في الخطا) لما تلوناه (وديته عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة) وقال محمد والشافعي أثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل أربعون منها في بطونها أولادها وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة

المصنف فيما بعد من الاستدلال بالآية المذكورة على عدم اجزاء الاطعام بوجهين آخرين وهما قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء وقوله أو لكونه كل المذكور على ماعرف كان قوله لانه لم يرد به نص الخ بعد تفريع عدم أجزاء الاطعام على ماقبله كلاما مختلا اذ يكون المفرع عليه اذ ذاك دليلا على المفرع فيصير قوله فلا يجزئ فيه الاطعام من قبيل تفريع المدعى على الدليل فلا جرم يصير قوله لانه لم يرد به نص الخ دليلا آخر على ذلك المدعى فيجب فيه زيادة واو العطف بأن يقال ولانه لم يرد به نص الخ كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام بخلاف تحرير المصنف فانه جعل قوله ولا يجزئ فيه الاطعام كلاما مبتدأ مطلوبا بالبيان على الاستقلال واستدل عليه بوجوه ثلاثة كما ترى فلا غبار في أسلوب تحريره أصلا (قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء) قال الشراح يعني أن الواقع بعد فاء الجزاء يجب أن يكون كل الجزاء اذ لو لم يكن كذلك لالتبس فلا يعلم أنه هو الجزاء أو بقي منه شئ ومثله مخل انتهى أقول يشكل هذا بالحرمان عن الميراث فانه جزاء القتل أيضا في العمد وشبهه والخطا وشبهه كما مر في أول كتاب الجنايات مع أنه ليس بداخل في الواقع بعد فاء الجزاء في الآية المذكورة فليتأمل (قوله أو لكونه كل المذكور على ماعرف) يعني لو كان الغير مرادا لذكره لانه موضع الحاجة الى البيان وحيث لم يذكر دل أنه غير مراد لان السكوت عن البيان في موضع الحاجة الى البيان بيان كما عرف في أصول الفقه كذا في الشروح كلها قال صاحب الكفاية بعد ذلك لا يقال ان السكوت لا يدل على أن المذكور كل الواجب لقول النبي عليه السلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولم يذكر فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول ثمة وجد بيان بنص آخر أو نقول لا نسلم فانه قال الجرجاني وجدت رواية عن أصحابنا أن الكفارة لا تجب في شبه العمد انتهى أقول في كل من جوابيه نظر أما في الاول فلان التشبث بوجود نص آخر في مادة النقض وعدم وجوده فيما نحن فيه مصير الى الاستدلال بالوجه الاول الذي ذكره المصنف بقوله لانه لم يرد به نص فيلزم أن لا يكون هذا الوجه الذي هو مورد السؤال دليلا مستقلا بل يلزم أن يكون مستدركا وأما في الثاني فلان اللازم للمجيب دفع النقض عما ذكر في الكتاب لانه هو المورد للسؤال ولا شك أن ماذكر فيه مبني على وجوب الكفارة في شبه العمد وأما رواية عدم وجوبها فيه فبمعزل عنه فلا وجه للمصير اليه هنا كما لا يخفى

قال المصنف (وديته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول قال الكاكي الاقتصار على قول أبي حنيفة مخالف لعامة روايات الكتب من المباسيط والجوامع والاسرار والايضاح فان المذكور فيها عند أبي حنيفة وأبي يوسف وكتب في بعض النسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف موافقا العامة الروايات انتهى يشهد لها قوله ولهما حين شرع في تقرير دليلهما

ولان دية شبه العمد أغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل لم تتغلظ لما قلنا قال (وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل) لما بينا من قبل قال (والدية في الخطا مائة من الابل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة) وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال

(ولان دية شبه العمد أغلظ) يعني من دية الخطا المحض فان الابل فيه تجب أخماسا (وذلك) أي كونه أغلظ (فيما قلنا) لانا نقول أثلاثا وأنتم تقولون أرباعا (ولابي حنيفة وابي يوسف قوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل) ووجه الاستدلال به أن الثابت منه عليه السلام وليس فيه دلالة على صفة من التغليظ ولابد منه بالاجماع وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما قالوا مثل ما قالا وقال علي تجب أثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة وأربع وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود بمثل ما قلنا أرباعا والرأي لامدخل له في التقادير فكان كالمرفوع ويصير معارضا لما رواه واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن أولى وقوله (ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة) يعني لا يزاد في الدراهم والدنانير على عشرة الالف درهم أو ألف دينار وقال سفيان الثوري والحسن بن صالح تغلظ في النوعين الآخرين أي الدراهم والدنانير بأن ينظر الى قيمة أسنان الابل في دية الخطا والى قيمة أسنان الابل في شبه العمد فما زاد على أسنان دية الخطا يزاد على عشرة آلاف درهم ان كان الرجل من أهل الورق ويزاد على ألف دينار ان كان من أهل الذهب لان التغليظ في شبه العمد شرع في الابل بزيادة جناية وجدت منه ولم توجد في الخطا وهذا المعنى موجود في الحجرين فيجب التغليظ فيهما ولنا ما ذكره في الكتاب أن التغليظ في الابل ثبت توقيفا فلا يثبت في غيره قياسا لانه يأبى التغليظ لان عمد الاتلاف وخطأه في باب الغرم سواء ولا دلالة لئلا يبطل المقدار الثابت بصريح النص بالدلالة وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان التوقيف فيه وقوله (لما بينا من قبل) يعني في أول كتاب الجنايات قال (والدية في الخطا مائة من الابل أخماسا) قيل منصوب باضمار كان ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذي في قوله في الخطا وقد أجمعت الصحابة على المائة لكنهم اختلفوا في سنها فقال ابن مسعود عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وبه أخذنا نحن والشافعي لان ابن مسعود روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال به ابن مسعود وعن علي أنه أوجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة والمقادير لا تعرف الا سماعا

ثم ان صاحب العناية قال في تفسير قول المصنف أو لكونه كل المذكور أي لكون الصيام كل المذكور وتبعه العيني أقول ليس ذلك بسديد اذ لا يخفى أن كل المذكور في حق كفارة القتل في كتاب الله تعالى انما هو تحرير رقبة مؤمنة وصيام شهرين متتابعين لا الصيام وحده وأما اطلاق الكل على الصيام لكونه الجزء الاخير الذي يتم به الكل فأمر قبيح لا يناسب شرح الكتاب فالحق في التفسير أن يقال أي ولكون ما ذكرنا من التحرير والصيام كل المذكور (قوله ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ لما قلنا) أقول لقائل أن يقول اذا لم يثبت التغليظ الا في الابل خاصة ينبغي أن لا يصح القضاء بالدية من غير الابل أصلا في جناية شبه العمد اذ قد ذكر في أول هذا الكتاب ومر أيضا في أوائل كتاب الجنايات أن موجب شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل فحيث لم يثبت التغليظ في غير الابل لم يصلح غيرها أن يكون دية في شبه العمد لانتفاء ما هو المعتبر في ديته وهو التغليظ فكيف يتم قول المصنف فان قضى بالدية من غير الابل لم تتغلظ فان الظاهر منه أن يصح القضاء بالدية من غير الابل في شبه العمد ولكن لا يثبت التغليظ في غير الابل بان يزاد في الدراهم على عشرة آلاف درهم وفي الدنانير على ألف دينار كما فصلوا في الشروح فليتأمل في التوجيه (قوله وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن والشافعي به لروايته أن النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال) أقول فيه شئ وهو أن ابن مسعود وان روى قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم على نحو ما قاله الا أن عليا رضي الله عنه كان يقول الدية في الخطا مائة من الابل أرباعا خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ذكره

(قوله وذلك أي كونه أغلظ فيما قلنا لانا نقول أثلاثا وأنتم تقولون ارباعا) أقول يعني والاول أكمل في الغلظة (قوله لانه يأبى التغليظ) أقول ولئلا يبطل المقدار الثابت بالنص بالقياس

لكن ماقلناه أخف وكان أولى بحال الخطا لان الخاطئ معذور (قوله غير أن عند الشافعي) استثناء من قوله وبه أخذنا والشافعي يعني أنه يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ماذكرنا أنه أليق بحال الخطا (وقوله ومن العين) يعني الذهب (ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) يعني وزن سبعة وقال الشافعي من الورق أي الفضة اثنا عشر ألفا لماروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بذلك ولنا أن عمر رضي الله عنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم فتعارضا فيحتاج الى تأويل وذكر المصنف تأويل ماذكره الشافعي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن وفيه بحث من وجهين أحدهما أنه قال روى عمر أن النبي صلى الله

ولان ماقلناه أخف فكان أليق بحالة الخطا لان الخاطئ معذور غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه مارويناه قال (ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم) وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لماروى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أن النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ماروي أنه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك

عليه وسلم قضى بعشرة آلاف درهم ثم قال وقد كانت الدراهم كذلك يعني الى عهد عمر وذلك تناقض والثاني أن وزن ستة تزيد عليه اثني عشر ألفا فلا يكون التأويل كذلك صحيحا والجواب عن الاول أن المنقول كان في ابتداء عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وزن الدراهم وزن ستة ثم صار وزن سبعة وعلى هذا يجوز أن يكون في آخر عهده صلى الله عليه وسلم يؤخذ من الدراهم وزن سبعة أيضا ولا تناقض حينئذ وعن الثاني أن شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل أن الدراهم كانت وزن ستة الاشياء الا أنه أضيف الوزن الى ستة تقريبا

(قوله والحجة عليه ماذكرنا أنه أليق بحال الخطا) أقول الاولى أن يجعل اشارة الى قول ابن مسعود والى المعقول قال الاتقاني أي الحجة على الشافعي قول

أبو يوسف رحمه الله في كتاب الخراج وذكر في غاية البيان وغيرها من الشروح والمقادير لا تعرف الا سماعا فكان كالمرفوع فصار مارواه ابن مسعود معارضا به فكيف يتم جعل المصنف مجرد رواية ابن مسعود رضي الله عنه دليلا على ما أخذنا نحن والشافعي به بدون بيان الرجحان فيما رواه ابن مسعود ثم كون ماوراه أليق بحالة الخطا لكونه أخف يصلح أن يكون مرجحا لما رواه وعن هذا قال تاج الشريعة بعد بيان اختلاف الصحابة في أسنان الابل في دية الخطا ونحن رجحنا رواية ابن مسعود لانه أوفق لموضوع دية الخطا وهو التخفيف الا أن قول المصنف ولان ماقلناه أخف فكان أليق بحالة الخطا لان الخاطئ معذور يشعر بان هذا دليل مستقل وماقبله أيضا دليل مستقل وهذا ينافي ضم الثاني الى الاول ليحصل به الرجحان وبالجملة في تحرير المصنف هنا نوع ركاكة وكان صاحب العناية تنبه له حيث غير أسلوب تحرير المصنف في شرح هذا المقام فقال بعد بيان مارواه ابن مسعود وماروي عن علي رضي الله عنه لكن ماقلناه أخف فكان أولى بحال الخطا لان الخاطئ معذور انتهى تبصر (قوله غير أن عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض) أقول هنا كلام وهو أن قوله هذا استثناء من قوله وأخذنا نحن والشافعي به كما صرح به في العناية وغيرها والمقصود به بيان الفرق بيننا وبين الشافعي بعد الاتفاق في المأخذ لكن فيه اشكال اذ الظاهر أن ضمير به في قوله وأخذنا نحن والشافعي به بعد قوله وهذا قول ابن مسعود راجع الى قول ابن مسعود فيكون المأخذ المتفق عليه بيننا وبين الشافعي هو قول ابن مسعود فبعد ذلك كيف يتم القول بان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والقضاء بابن لبون مكان ابن مخاض ينافي الاخذ بقول ابن مسعود لان ابن مخاض متعين في قوله وانما الذي يصلح أن يكون مأخذ المذهب الشافعي وهو القضاء بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ماروى مالك في الموطأ عن ابن شهاب عن سليمان بن يسار أنه كان يقول في دية الخطا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة كما ذكر

ابن مسعود وقضاء رسول الله عليه الصلاة والسلام انتهى وفيه بحث (قوله وفيه بحث من وجهين قال الى قوله وعن الثاني أن شيخ الاسلام قال في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن ستة الاشياء الا أنه أضيف الوزن الى ستة تقريبا) أقول قال الزيلعي واذا احمل ماروى الشافعي على وزن خمسة ومارويناه على وزن ستة استويا انتهى ولعل هذا الحمل أوجه وقال الزيلعي كانت الدراهم على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام ثلاثة الواحد منها وزن عشرة والثاني وزن ستة والثالث وزن خمسة انتهى قوله وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير وهو قدر الدينار وقوله وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنانير وقوله وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنانير

وقوله (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقالا منها) أي من هذه الانواع الثلاثة وهي الابل والذهب والفضة (ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) وقيل في تفسير ذلك قيمة كل بقرة خمسون درهما وقيمة كل شاة خمسة دراهم وقيمة كل حلة خمسون درهما قال المصنف كل حلة ثوبان قيل هما ازار ورداء هو المختار قال في النهاية وقيل في ديارنا قميص وسراويل قال وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة على ما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كالو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كالو صالح على أكثر من مائة من الابل وقوله (لان عمر هكذا جعل على أهل كل مال منها) قال أبو يوسف حدثنا ابن أبي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم وعلى أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاء ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة (ولابي حنيفة أن

قال (ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان) لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل على أهل كل مال منها وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها وذكر في المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما

في غاية البيان فليتأمل في التوجيه (قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة) قال جماعة من الشراح فائدة هذا الاختلاف انما تظهر فيما اذا صالح القاتل مع ولي القتيل على أكثر من مائتي بقرة أو غيرها على قول أبي حنيفة كما هو المذكور في كتاب الديات يجوز كالو صالح على أكثر من مائتي فرس وعلى قولهما لا يجوز كالو صالح على أكثر من مائة من الابل انتهى أقول ليت شعري ما بالهم صوروا ظهور فائدة هذا الاختلاف في هذا المضيق وحصروا فيه بكلمة انما مع كون ظهور فائدته في غير هذه الصورة أظهر وأجلى فان للقاتل الخيار في أداء الدية من أي نوع شاء من أنواع الدية لا من غير أنواعها كما صرحوا به فعلى قولهما يتمكن القاتل من أدائها من نوع البقر أو نوع الغنم أو نوع الحلل كما يتمكن من أدائها من الانواع الثلاثة المتفق عليها وهي الابل والعين والورق وعلى قوله في رواية كتاب الديات لا يتمكن من أدائها الا من هذه الانواع الثلاثة (قوله وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما) قال جمهور الشراح أورد قوله وذكر في المعاقل أي في معاقل المبسوط شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من أنه لا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها أن محمدا ذكر في المعاقل انه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو من مائتي بقرة أو من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك دليل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يصحح الشبهة ويرفع الخلاف وثانيهما يرفع الشبهة بحمل رواية

التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية) وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا لا يقدر بها ضمان شئ مما وجب ضمانه بالاتلاف أو غيره فان قيل فالابل كذلك أجاب بقوله (والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة) كما رويناها (وعدمناها في غيرها) فان قيل فليلحق بها دلالة قلنا حتى يثبت أنها في معناها من كل وجه (وقوله وذكر في المعاقل) أي في معاقل المبسوط أورد هذا شبهة على ما روي عن أبي حنيفة من قوله ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة ووجه ورودها أن محمدا ذكر في المعاقل أنه لو صالح الولي من الدية على أكثر من ألفي شاة أو على أكثر من مائتي بقرة أو على أكثر من مائتي حلة لا يجوز ولم يذكر الخلاف فيه وذلك يدل على أن الاصناف الثلاثة أيضا من الاصول المقدرة في الدية عنده أيضا وذكر الجواب بوجهين أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف ولا أرى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا والثاني يرفعها بحمل رواية المعاقل على أنها قولهما وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين

(قال المصنف وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة) أقول قوله مائتا بقرة خبر مبتدا محذوف أي وهي مائتا بقرة وكذا في ألفا شاة ومائتا حلة (قوله انما تظهر فيما اذا صالح القاتل الخ) أقول في الحصر كلام فان القاضي لا يحكم من غير الانواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يخير القاتل الا فيها بخلاف مذهبهما (قوله أحدهما يقرر الشبهة ويرفع الخلاف) أقول ضمير يقرر راجع الى أحدهما (قوله لانه يناقض رواية كتاب الديات) أقول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل الخ) دية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم والموقوف في مثله كالمرفوع اذ لا مدخل للرأي فيه وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف قال في النهاية الصواب أن يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وذكر في ديات المبسوط وكان زيد بن ثابت يقول انها تعاقل الرجل الى ثلث ديتها يعني اذا كان الارش بقدر ثلث الدية أو دون ذلك فالرجل والمرأة فيه سواء فان زاد على الثلث فحينئذ حالها فيه على النصف من حال الرجل ولذلك قال بعد هذا في قول المصنف اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه والصواب أن يقال اعتبارا بها وبما فوق الثلث وفيه نظر لانه قال في شرح الكافي قال محمد في الاصل بلغنا عن علي أنه قال دية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك نأخذ ثم قال وقال زيد بن ثابت ثلث الدية وما فوقها يتنصف وما دونه لا يتنصف وبه أخذ الشافعي وهذا يصحح

قول المصنف واحتجوا في ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المرأة الرجل الى ثلث الدية وبما حكى عن ربيعة قال قلت لسعيد ابن المسيب ما تقول فيمن قطع اصبع امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عليه عشرون من الابل قلت فان قطع ثلاث أصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع أربع أصابع قال عليه عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها قال أعراقي أنت فقلت لا بل جاهل مسترشد أو عاقل مستثبت فقال انه السنة وبه أخذ الشافعي وقال السنة اذا أطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والحجة عليه ما رويناه بعمومه وأن حالها أنقص من حال الرجل قال الله تعالى وللرجال عليهن درجة ومنفعتها أقل لا تتمكن من التزوج بأكثر من زوج واحد وقد ظهر أثر النقصان في التنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بالنفس وبالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة التبع للاصل والحديث المروي نادر ومثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل لا يمكن اثباته بالشاذ النادر وقول سعيد انه السنة يريد به سنة زيد فان كبار الصحابة أفتوا بخلافه ولو كانت سنة الرسول عليه السلام لما خالفوها قال

قال (ودية المرأة على النصف من دية الرجل) وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه

المعاقل على أنها قولهما ثم ان صاحب العناية رد الوجه الاول منهما حيث قال ولا أرى صحته لانه يناقض رواية كتاب الديات كما مر آنفا انتهى أقول ليس هذا بشيء لان مدار الوجه الاول على عدم قبول صحة رواية كتاب الديات وعدم تسليم ثبوت الاختلاف بينهم وكونه مناقضا لرواية كتاب الديات انما ينافي صحته لو تحققت صحة تلك الرواية وهي في حيز المنع عند قائل ذلك الوجه يدل عليه قطعا عبارة صاحب النهاية حيث قال فقال في جوابه بوجهين أحدهما انه صحح الشبهة فقال نعم تلك الرواية أعني رواية الخلاف غير صحيح بل الصحيح رواية كتاب المعاقل والخلاف بينهم غير ثابت بل هذه الانواع أعني البقر والغنم والحلل في الدية من الاموال المقدرة انتهى وتصحيح احدى الروايتين ومنع الأخرى ليس بعزيز في كلمات الفقهاء وقد مر له نظائر كثيرة في الكتاب وقال بعض الفضلاء لدفع رد صاحب العناية الوجه الاول يرتفع التناقض بالحمل على الرجوع الى قولهما انتهى أقول هذا لا يصلح لدفع رده الوجه المزبور وانما يصلح لان يكون جوابا آخر عن أصل الشبهة لان ماله الى أن يكون في المسئلة عنه روايتان ويكون المروي في احداهما قوله الاول وفي الأخرى قوله الآخر الذي رجع اليه وقد ذكره أيضا صاحب العناية بعد بيان ذينك الوجهين ورد أحدهما حيث قال وحمل بعض مشايخنا على أن في المسئلة عنه روايتين انتهى ومدار ورود أحد ذينك الوجهين على أن يكون المراد به تقرير الشبهة ورفع الخلاف كما ذكره الشراح وذلك لا يتصور الا بأن ينحصر القول منه في هاتيك المسئلة فيما ذكر في المعاقل والا لا تتقرر الشبهة بل ترتفع بالحمل على القولين منه فتفكر تفهم (قوله ولان حالها أنقص من حال الرجل ومنفعتها أقل) وقد ظهر أثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه أقول لقائل أن يقول حاصل هذا التعليل القياس ولا مجال له في هذا الباب لان الدية من المقدرات الشرعية ولا يجري القياس في المقادير على ما نصوا عليه ثم ان صاحب العناية قال في تعليل قوله فكذا في أطرافها وأجزائها اعتبارا بها أو بالثلث وما فوقه لئلا يلزم مخالفة

(قوله والصواب) أقول مقول القول (قوله ومثل هذا الحكم يحيله عقل كل عاقل) أقول وهو أن يقل الارش اذا كان مصابها أكثر وألمها أشد على ما مر آنفا (قوله ولو كانت سنة رسول الله عليه الصلاة والسلام لما خالفوها) أقول الموقوف في مثله كالمرفوع على ما مر مرارا اذ لا مدخل للرأي فيه خصوصا في مثل هذا الحكم الذي يحيله عقل كل عاقل ولو لم يكن سنة لما قاله زيد رضي الله تعالى عنه فالجواب الجواب

قال (ودية المسلم والذمى سواء) دية الذمى كدية المسلم رجالهم كرجالهم ونساؤهم كنسائهم فى النفس ومادونها وكلامه على الوجه الذى ذكره واضح وقد استدل الشافعى بقوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة وبقوله تعالى أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ ولان نقصان الكفر فوق نقصان الانوثة وبالانوثة تنتقص الدية فبالكفر أولى وبان الرق أثر من آثار الكفر وبه تنتقص الدية فبالكفر الموجب له أولى والجواب عن الآيتين أن المراد أحكام الآخرة على أنهما لا يعارضان قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله والمعهود من الدية الدية فى قتل المؤمن وعن الحديث بانه مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة وعن المعقول بان النقصان بالانوثة والرق من حيث النقصان فى المالكية فان المرأة تملك المال دون النكاح وكذلك الرق يوجب نقصان المالكية والذمى يساوى المسلم فى المالكية فكذلك فى الدية ولا يرتاب أحد أن نفس كل شخص أعز مما فى يده من المال والذمى يساوى المسلم فى ضمان ماله اذا أتلف ففى النفس أولى وان لم يكن لنا فى المسئلة الا ماروى الزهرى أن دية الذمى كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف وماروى عن على رضى الله عنه اشهرته انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا وما روى عن ابن مسعود دية الذمى مثل دية المسلم وماروى عكرمة عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قتل بمائة من الابل لكان لنا من الظهور فى المسئلة مالا يخفى على أحد

﴿فصل فيما دون النفس﴾

لما فرغ من ذكر النفس ذكر ماهو تبع لها وهو مادونها قال (وفى النفس الدية وقد ذكرناه) وأعاد ذكر النفس فى فصل مادون النفس تمهيد الذكر مابعده وقوله ذكرناه يعنى فى أوائل الجنايات ومعنى قوله فى النفس الدية تجب الدية بسبب اتلافها كما يقال فى النكاح حل ومنه قوله عليه السلام فى خمس من الابل السائمة شاة وقوله (وفى المارن الدية) يعنى فيما دون قصبة الأنف وهو مالان منه كل مالا ثانى له فى البدن عضوا كان أو معنى مقصودا يجب باتلافه كمال الدية ومن الاعضاء ماهو افراد كالانف واللسان والذكر ومنها ماهو مزدوج كالعينين والاذنين والحاجبين والشفتين واليدين وثديى المرأة والانثيين والرجلين ومنها ماهو أربع كاشفار العينين ومنها ماهو أعشار كأصابع اليدين والرجلين ومنها مازاد على ذلك كالاسنان (والاصل فى الأطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية) وقيد المنفعة والجمال بالكمال لان غير الكامل لا يجب فيه كل الدية وان كان فيه تفويت عضو مقصود كما اذا قطع لسان الاخرس أو آلة الخصى والعنين واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين العوراء والسن السوداء لا يجب القصاص فى العمد ولا الدية فى الخطا لانه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالا على الكمال وانما فيه حكومة عدل وأما اذا أتلف الكامل فيجب فيه كمال الدية

قال (ودية المسلم والذمى سواء) وقال الشافعى دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وللشافعى ماروى أن النبى عليه السلام جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وكذلك قضى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما ومارواه الشافعى رحمه الله لم يعرف راويه ولم يذكر فى كتب الحديث ومارويناه أشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة رضى الله عنهم

﴿فصل فيما دون النفس﴾ قال (وفى النفس الدية) وقد ذكرناه قال (وفى المارن الدية وفى اللسان الدية وفى الذكر الدية) والاصل فيه ماروى سعيد بن المسيب رضى الله عنه أن النبى عليه السلام قال فى النفس الدية وفى اللسان الدية وفى المارن الدية وهكذا هو فى الكتاب الذى كتبه رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم رضى الله عنه والاصل فى الاطراف أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا فى الآدمى على الكمال يجب كل الدية

التبع للاصل وتبعه العينى أقول للمانع أن يمنع بطلان اللازم اذ لا محذور فى مخالفة التبع الذى هو الاطراف للاصل الذى هو النفس فى بعض الاحكام ألا يرى أن القصاص يجرى بين الرجل والمرأة ولا يجرى بينهما فيما دون النفس عندنا كما مر فى كتاب الجنايات فلم لا يجوز المخالفة بين النفس ومادونها فى حكم الدية أيضا

﴿فصل (الدية) فيما دون النفس﴾ لما ذكر حكم الدية فى النفس ذكر فى هذا الفصل حكمها فيما دون

(قوله والمعهود من الدية الدية فى قتل المؤمن) أقول فيه أنه لا دلالة على العهد ويجوز أن يكون الحديث مبينا للمراد (قوله ففى النفس أولى) أقول ولا ينتقض بالمرأة لثبوتها بالاثر

﴿فصل﴾ فيما دون النفس (قال المصنف وفى النفس الدية) أقول أى تجب الدية بسبب اتلافها فى للسببية (قوله كما اذا قطع لسان الاخرس الى قوله والعين العوراء والسن السوداء) أقول من قبيل علفتها تبنا وماء باردا اذ الواقع فى العين والسن القلع والكسر

(لاتلافه كل النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة) فان كان جنس المنفعة أو الكمال قائما بعضو واحد فعند اتلافه يجب كمال الدية وان كان قائما بعضوين ففي كل واحد منهما نصف الدية وان كان قائما بأربعة أعضاء ففي كل واحد منها ربع الدية وان كان قائما بعشرة ففي كل واحد منها عشر الدية وان كان قائما بأكثر ففي كل واحد منها نصف عشر الدية وكلامه واضح وقوله (قيل تقسم الدية على عدد الحروف) يعني على جملة الحروف مما تعلق باللسان وغيره وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان قال في النهاية هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من أقصى الحلق على ما عرف فلم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه ما يخصه من الدية روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمان علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهذا يدل على صحة القيل الاول وبه صححه شيخ الاسلام وبان اقامة بعض الحروف وهو ما لا يفتقر الى اللسان ان تهيأت بدون اللسان لكن الافهام الذي هو المقصود لا يتهيأ فيجب الامتحان بالجميع وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره اختلاف طرق التعبير عن معرفة ذهاب هذه الحواس فقيل اذا صدقه الجاني أو استحلفه على البتات ونكل ثبت قوامها وقيل يعتبر فيه الدلائل الموصلة الى ذلك فان لم يحصل العلم بذلك يعتبر فيه الدعوى والانكار فطريق معرفة السمع أن يتغافل وينادى فان أجاب علم أنه يسمع وحكى الناطفي عن أبي خازم القاضي أن امرأة تطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها وظهر مكرها وطريق معرفة ذهاب البصر أن يستقبل الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أن الضوء باق وان لم تدمع علم أن الضوء ذاهب وذكر الطحاوي أنه يلقى بين يديه حية فان هرب من الحية علم أنه لم يذهب بصره وطريق معرفة الشم بأن يوضع بين يديه ماله رائحة كريهة فان نفر عنها علم أنه لم يذهب شمه

لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن أو الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا امتنع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على أداء أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر أنه لا تحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه يفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة أصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال (وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية) لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده (وكذا اذا ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه)

النفس لان الاطراف تابعة للنفس فاتبع ذكر حكمها أيضا تحقيقا للمناسبة (قوله أصله قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها في اللسان والانف) قال في الكافي وغاية البيان فقسنا عليه غيره اذا كان في معناه انتهى أقول فيه نظر لان الدية من المقدرات الشرعية والقياس لا يجرى فيها على ما عرف فالصواب عندي هنا أن يقال فألحقنا به غيره دلالة (قوله ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب) قال جمهور الشراح والحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك عن النهاية وفي كون الالف من ذلك نظر لانه من أقصى الحلق على ما عرف انتهى أقول نظره ساقط اذ الظاهر أن مراد جمهور الشراح بالألف والتاء والثاء وغيرها مما ذكروا هو الالفاظ التي يتهجى بها لا الحروف المبسوطة التي تتركب منها الكلم والذي من أقصى الحلق انما هو الحرف الذي يقع جزء الكلم كما في أول أخذ وأوسط سأل وآخر قرأ لا الحرف الذي يتهجى به وهو لفظ ألف اذ هو مركب من ثلاثة أجزاء متعلق باللسان بواسطة جزئه الاوسط الذي هو اللام فنشأ نظر صاحب العناية عدم وقوفه على مرادهم كيف ولو كان مرادهم ما توهمه لذكروا الهمزة بدل الالف كما لا يخفى فان قلت الالفاظ التي يتهجى بها أسماء مسمياتها الحروف المبسوطة التي ركبت منها الكلم كما حققه صاحب الكشاف في

لان

(قوله أو استحلف على البتات) أقول أي لا على العلم لانه فعل نفسه

وقوله (لان كل واحد منها منفعة مقصودة) يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الا دية واحدة لان الاطراف تتبع النفس أما الطرف فلا يتبع طرفا آخر وبهذا يندفع ما قيل لو مات من الشجة لم تلزمه الا دية واحدة فبفوات هذه المنافع بدون الموت أولى فان في الموت استتباعا دون عدمه وعلى ذلك ما روى عن عمر كما ذكر في الكتاب وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه يفوت به منفعة الجمال قالوا وحلق رأس انسان أو لحيته لا يطالب

بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات فان مات قبل مضي السنة ولم ينبت فلا شئ على الحالق وقالا فيه حكومة وشعر الرجل والمرأة والصغير والكبير في ذلك سواء وقوله (كما في الاذنين الشاخصتين) أي المرتفعتين وصفهما لدفع ارادة السمع وقوله (أنه يجب فيها كمال القيمة) هي رواية الحسن عن أبي حنيفة اعتبارا بالدية في الحر لفوات الجمال (والتخريج على الظاهر) وهو أنه يجب نقصان القيمة وقوله (هو الأصح) احتراز عما قال بعض مشايخنا يجب فيه كمال الدية لانه عضو على حدة ويفوت به الجمال وقوله (ويستوى الخطأ والعمد) يعني كما تجب الدية في حلق الرأس واللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا قيل وصورة حلقهما خطأ أن نظنه مباح الدم فحلق الولي لحيته ثم ظهر أنه غير مباح الدم قيل موجب القصاص موجود اذا كان عمدا انما المانع عنه عدم الامكان وأجيب بأن القصاص عقوبة والعقوبة لا تثبت الا بالنص أو دلالته ولا نص في الشعور وليست في معنى المنصوص وهو الجروح لانه لا يحتاج في تفويتها الى الجراحة والضرب ولا يتوهم فيها السراية كما تتوهم في الجراحات وليس فيه اماتة ذي الروح فلا يجوز الحاقها بالمنصوص دلالة كما لا يجوز قياسا

لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روى أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال (وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية) لانه يفوت به منفعة الجمال قال (وفي شعر الرأس الدية) لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا أن اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به جمال وأما لحية العبد فعن أبي حنيفة أنه يجب فيها كمال القيمة والتخريج على الظاهر أن المقصود بالعبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال (وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح) لانه تابع للحية فصار كبعض أطرافها (ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شئ في حلقه) لان وجوده يشينه ولا يزينه (وان كان أكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل) لان فيه بعض الجمال (وان كان متصلا ففيه كمال الدية) لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق أثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن أبي حنيفة أنه لا يجب شئ في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما تجب حكومة عدل لانه في غير أوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور (وفي الحاجبين الدية وفي احداهما نصف الدية) وعند مالك والشافعي رحمهما الله تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية

أول سورة البقرة وجمهور الشراح انما عدوا الالف ونظائره من الحروف التي تتعلق باللسان فكيف يصح أن يكون مرادهم بذلك ما يتهجى به من الالفاظ قلت قد وقع في عبارات المتقدمين اطلاق الحروف على تلك الالفاظ مسامحة استعمالا للحرف في معنى الكلمة كما نص عليه أيضا صاحب الكشاف هنالك وكلام هؤلاء الشراح ههنا بل كلام المصنف أيضا جار على ذلك الاصطلاح الشائع فيما بين القوم ولهذا يقولون لها حروف التهجي فان قلت لم لم يريدوا بالحروف ههنا الحروف المبسوطة التي يتركب منها الكلم ولم يخرجوا الالف من عداد الحروف التي تتعلق باللسان قلت لعل سر ذلك أن الفائت من الحروف انما يعرف بالامتحان والامتحان انما يكون في العادة بحروف التهجي كما وقع بها في قصة علي رضي الله عنه وهي ما روى أن رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ ا ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بحسابه وهو الاصل في هذا الباب كما صرح به في الشروح وغيرها فجروا ههنا في العبارة والارادة على وفق ذلك تأمل تقف (قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي سياق كلامه فانه قسم لحية الكوسج على ثلاثة أقسام وجعل منها ما كان متصلا فقوله لانه ليس بكوسج في تعليل قوله وان كان متصلا ففيه كمال الدية

(قوله يعني ليس فيها استتباع كل واحد منها الآخر بخلاف قتل النفس) أقول الاولى اسقاط لفظ كل (قوله وليس فيه اماتة ذي الروح) أقول أي ليس في الشعر روح

قال (وفى العينين الدية) الاصل الذى ذكرناه فى صدر الفصل يشمل هذه الفروع كلها والاشفار جمع شفر بالضم قال المصنف يحتمل أن مراده الاهداب مجازا ولعله قال ذلك دفعا لتخطئة من خطأ محمدا فى اطلاق الاشفار على الاهداب قالوا الاشفار منابت الشعر وهى حروف العينين وأطرافهما والشعور التى عليها تسمى الهدب فقال المصنف يحتمل أن مراده الأهداب فيكون مجازا

للمجاورة من ذكر المحل وارادة الحال ويحتمل أن مراده الحقيقة فان فى تفويت كل واحد من المحل والحال تفويت جنس المنفعة والجمال على الكمال على ماذكر فى الكتاب وقوله (وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع) يعنى أن عشر الدية الواجب بازاء كل اصبع انما هو عقابلة مفاصلها فما فيه ثلاثة مفاصل كان لكل منها ثلثه ومافيه مفصلان كان لكل منهما نصفه وقوله (والاسنان والاضراس كلها سواء) قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء لان السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهى الاسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها رباعيات وهى مايلى الثنايا ومثلها أنياب تلى الرباعيات ومثلها ضواحك تلى الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهى آخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال

قال (وفى العينين الدية وفى اليدين الدية وفى الرجلين الدية وفى الشفتين الدية وفى الاذنين الدية وفى الانثيين الدية) كذا روى فى حديث سعيد بن المسيب رضى الله عنه عن النبى عليه السلام قال (وفى كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية) وفيما كتبه النبى عليه السلام لعمرو بن حزم وفى العينين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان فى تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كل الدية وفى تفويت احداهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال (وفى ثديى المرأة الدية) لما فيه من تفويت جنس المنفعة (وفى احداهما نصف دية المرأة) لما بينا بخلاف ثديى الرجل حيث تجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة والجمال (وفى حلمتى المرأة الدية كاملة) لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن (وفى احداهما نصفها) لما بيناه قال (وفى أشفار العينين الدية وفى احداها ربع الدية) قال رضى الله عنه يحتمل أن مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد فى الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهى حقيقة فى البعير وهذا لانه يفوت الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهى منفعة دفع الاذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب فى الكل كل الدية وهى أربعة كان فى أحدها ربع الدية وفى ثلاثة منها ثلاثة أرباعها ويحتمل أن يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا (ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة) لان الكل كشئ واحد وصار كالمارن مع القصبة قال (وفى كل اصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية) لقوله عليه السلام فى كل اصبع عشر من الابل ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهى عشر فتنقسم الدية عليها قال (والاصابع كلها سواء) لاطلاق الحديث ولانها سواء فى أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا أصابع الرجلين لانه يفوت بقطع كلها منفعة المشى فتجب الدية كاملة ثم فيهما عشر أصابع فتنقسم الدية عليها أعشارا قال (وفى كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع ومافيها مفصلان ففى أحدهما نصف دية الاصبع) وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال (وفى كل سن خمس من الابل) لقوله عليه السلام فى حديث أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه وفى كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء لاطلاق مارويناه ولما روى فى بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها فى أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدى والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر فى الجنايات قال (ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها)

ينافى ذلك والجواب أن مراده بقوله لانه ليس بكوسج أنه ليس بكوسج حقيقة وان كان فى صورة الكوسج والذى قسم لحيته على ثلاثة أقسام فى سياق كلامه أعم من الكوسج الحقيقى والصورى فلا منافاة (قوله والاسنان والاضراس كلها سواء) قال فى العناية قالوا فيه نظر والصواب أن يقال والاسنان كلها سواء أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء لأن السن اسم جنس يدخل تحته اثنان وثلاثون أربع منها ثنايا وهى الأسنان المتقدمة اثنتان فوق واثنتان أسفل ومثلها رباعيات وهى مايلى الثنايا ومثلها أنياب تلى الرباعيات ومثلها ضواحك تلى الانياب واثنتا عشرة سنا تسمى بالطواحن من كل جانب ثلاث فوق وثلاث أسفل وبعدها سن وهى آخر الاسنان يسمى ضرس الحلم لانه ينبت بعد البلوغ

الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء فاذا ضرب رجل رجلا حتى سقطت لان أسنانه كلها كانت عليه دية وثلاثة أخماس الدية وهى من الدراهم ستة عشر ألف درهم وليس فى البدن جنس عضو يجب بتفويته أكثر من مقدار الدية سوى الاسنان ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيه من زيادة المنفعة وهو خلاف النص

وقوله (لان المتعلق) يعنى الذى يتعلق به وجوب كل الدية هو تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (فان قيل لا نسلم) أن فوات الصورة ليس متعلق وجوب الدية بل الجمال أيضا مقصود كما تقدم فى حلق الحاجبين واللحية وليس أحدهما أولى باستتباعه الآخر فيكون الحصر فى غير موقعه أجيب بان الجمال مقصود فى عضو لا يكون المقصود منه المنفعة وأما اذا كان فالجمال تابع ألا ترى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية لان المقصود باليد لما كان المنفعة لم تكامل الجناية

لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة (ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة (وكذا لو أحدبه) لانه فوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة (فلو زالت الحدوبة لاشئ عليه) لزوالها لاعن أثر

﴿فصل فى الشجاج﴾ قال (الشجاج عشرة الحارصة) وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم (والدامعة) وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين (والدامية) وهى التى تسيل الدم

وقت كمال العقل فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء لعوده الى معنى أن يقال الاسنان وبعضها سواء انتهى أقول فى هذا النظر مبالغة مردودة حيث قيل فى أوله والصواب أن يقال وفيه اشارة الى أن ما فى الكتاب خطأ وقيل فى آخره فلا يصح أن يقال الاسنان والاضراس سواء وفيه تصريح بعدم صحة ما فى الكتاب مع أن تصحيحه على طرف الثمام فان عطف الخاص على العام طريقة معروفة قد ذكرت مزيته فى علم البلاغة وله أمثلة كثيرة فى التنزيل منها قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى ومنها قوله تعالى من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال فجاز أن يكون ما نحن فيه من قبيل ذلك ويعود حاصل معناه الى أن يقال الاضراس وما عداه من الاسنان سواء فانه اذا عطف الخاص على العام يراد بالمعطوف عليه ما عدا المعطوف من أفراد العام كما صرحوا به فلا يلزم المحذور ثم ان قوله أو يقال والانياب والاضراس كلها سواء معارض بمثل ما أورد على ما فى الكتاب فان الاضراس تعم الانياب كما أفصح عنه فى المغرب حيث قال الاضراس ما سوى الثنايا من الاسنان وكذا ذكر فى النهاية وغيرها فيعود معنى قوله والانياب والاضراس سواء الى أن يقال وبعض الاضراس والاضراس كلها سواء لمثل ما ذكر فى الايراد على ما فى الكتاب فلا معنى لان يكون ذلك صوابا دون ما فى الكتاب نعم الاظهر فى افادة المراد ههنا أن يقال والاسنان كلها سواء على ما جاء به لفظ الحديث أو أن يقال والاضراس والثنايا كلها سواء بالجمع بين النوعين كما ذكر فى المبسوط ﴿فصل فى الشجاج﴾ لما كان الشجاج نوعا من أنواع ما دون النفس وتكاثرت مسائله اسما وحكما ذكره فى فصل على حدة كذا فى الشروح قلت لو ذكر المصنف لفظ الباب بدل لفظ الفصل فى قوله فصل فيما دون النفس ثم ذكر الشجاج التى هى نوع من أنواع ما دون النفس فى فصل وذكر سائر أنواعه التى ستجئ فى الفصل الآتى فى فصل آخر أيضا لكان أحسن وأوفق لما هو المعتاد فى نظائره كما لا يخفى (قوله والدامعة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع من العين والدامية وهى التى تسيل الدم) أقول تفسير الدامعة والدامية من الشجاج بهذا الوجه الذى ذكره المصنف وان وقع فى كثير من الكتب المعتبرة من الفقه كالبدائع والكافى وعامة الشروح واقتضاه ترتيب القدورى فى مختصره حيث قدم الدامعة على الدامية وصرح به فى شرحه لمختصر الكرخى الا أنه منظور فيه عندى لانه مخالف لما ذكر فى عامة كتب اللغة الموثوق بها فانه قال فى المغرب الدامعة من الشجاج هى التى يسيل منها الدم كدمع العين

من حيث تفويت الجمال فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا الا أنه اذا كان تابعا عند الانفراد فلان يكون تابعا عند الاجتماع أوجود المستتبع أولى وقوله (لتفويت جنس المنفعة) يعنى منفعة النسل وقوله (لانه فوت جمالا على الكمال) هو استقامة القامة قيل وفى تفسير قوله تعالى لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم أى منتصب القامة وهى تزول بالحدوبة

﴿فصل فى الشجاج﴾

لما كان الشجاج نوعا من أنواع ما دون النفس وتكاثر مسائله ذكره فى فصل على حدة قال (الشجاج عشرة) ووجه ذلك أن قطع الجلد لا بد منه للشجة وبعد القطع اما أن يظهر الدم أولا الثانى هو الحارصة والاول اما أن يسيل الدم بعد الاظهار

(قوله كما تقدم فى حلق الحاجبين) أقول ولك أن تقول فى الحاجب منفعة فانه يرد العرق عن العين ويفرقه ذكره الكاكى لكنه كلام على السند (قوله ألا ترى أنه اذا قطع اليد الشلاء تجب حكومة عدل لا الدية) أقول ولك أن تقول انما لا تجب الدية فى اليد الشلاء لان الزينة فيها ليست بكاملة ألا ترى أن الانسان يتجمل بها عند من لا يعرف حالها وأما عند من يعرف حالها فلا جمال فيها واذا لم تكمل الزينة لم يكمل الارش بل وجب الحكومة (قوله فاذا اجتمعا جعل الجمال تابعا أيضا) أقول لو كان تابعا لم يجب شئ بتفويته والله تعالى أعلم ﴿فصل فى الشجاج﴾ (قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد) أقول فيه أن الخدش لا يطلق عليه القطع فى المتعارف والموجود فى الثلاث الاول ذلك

أولا والثانى هو الدامعة والاول اما أن يقطع بعض اللحم أولا والثانى هو الدامية والاول اما يكون قطع أكثر اللحم الذى بينه وبين العظم أولا والثانى هو الباضعة والاول اما أن أظهر الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم أولا والثانى هو المتلاحمة والاول اما أن يقتصر على الاظهار أو يتعدى والاول هو السمحاق والثانى اما أن يقتصر على اظهار العظم أولا والاول هو الموضحة والثانى اما

(والباضعة) وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه (والمتلاحمة) وهى التى تأخذ فى اللحم (والسمحاق) وهى التى تصل الى السمحاق وهى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس (والموضحة) وهى التى توضح العظم أى تبينه (والهاشمة) وهى التى تهشم العظم أى تكسره (والمنقلة) وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله (والآمة) وهى التى تصل الى أم الرأس وهو الذى فيه الدماغ قال (ففى الموضحة القصاص ان كانت عمدا) لما روى أنه عليه السلام قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه يمكن أن ينتهى السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص قال (ولا قصاص فى بقية الشجاج) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهى السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن أبى حنيفة وقال محمد فى الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال (وفيما دون الموضحة حكومة عدل) لانه ليس فيها أرش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو مأثور عن النخعى وعمر بن عبد العزيز قال (وفى الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشر الدية وفى المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفى الآمة ثلث الدية

وقبلها الدامية وهى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم انتهى وقال فى الصحاح والدامعة من الشجاج بعد الدامية قال أبو عبيد الدامية هى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم فاذا سال منها الدم فهى الدامعة بالعين غير معجمة انتهى وقال فى القاموس والدامعة من الشجاج بعد الدامية اهـ الى غير ذلك من معتبرات كتب اللغة وسيجىء من المصنف التصريح بان الحكم فى الشجاج مرتب على الحقيقة اللغوية فى الصحيح فلا مجال للحمل على الاصطلاح المحض ثم أقول الصحيح المطابق للغة فى تفسير الدامية والدامعة من الشجاج وترتيبهما ماذكر فى المحيط البرهانى نقلا عن الطحاوى حيث قال فيه اعلم أن أول الشجاج الحارصة بالحاء المهملة وهى التى تشق الجلد مأخوذ من قولهم حرص القصار الثوب اذا شقه فى الدق ولا تدميه ثم الدامية وهى التى تخدش الجلد وتدميه ولا تسيل الدم هكذا ذكره الطحاوى وذكر شيخ الاسلام هى التى تقشر الجلد وتدميه سواء كان سائلا أو غير سائل ثم الدامعة وهى التى تدمى وتسيل الدم هكذا ذكر الطحاوى فى كتابه وذكر شيخ الاسلام هى التى تسيل الدم أكثر مما يكون فى الدامية من السيلان مأخوذ من دمع العين فكانها سميت بهذا الاسم لان الالم يصل الى صاحبها فتدمع عيناه بسبب ما يجد من الالم الى هنا لفظ المحيط فتبصر (قوله والباضعة وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه) أقول فى تفسير الباضعة بما ذكره المصنف فتور وان تابعه صاحب الكافى وكثير من المتأخرين فيه لان قطع الجلد متحقق فى الصورة الاولى أيضا سيما فى الدامعة والدامية اذ الظاهر أن شيأ من اظهار الدم واسالته لا يتصور بدون قطع الجلد وقد صرح الشراح بتحقق قطع الجلد فى كل من الانواع العشرة للشجة فكان التفسير المذكور شاملا للكل غير مختص بالباضعة فالظاهر فى تفسير الباضعة ماذكر فى المحيط والبدائع حيث قال فى المحيط ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه وقال فى البدائع والباضعة هى التى تبضع

أن يقتصر على كسر العظم أولا والاول هو الهاشمة والثانى اما أن يقتصر على نقل العظم وتحويله من غير وصوله الى الجلدة التى بين العظم والدماغ أولا والاول هو المنقلة والثانى هو الآمة وهى العاشرة ولم يذكر ما بعدها وهى الدامغة بالغين المعجمة وهى التى تخرج الدماغ لان النفس لا تبقى بعدها عادة فكان ذلك قتلا لا شجة على ما يجىء فى الكتاب وليس الكلام فيه فقد علم بالاستقراء بحسب الآثار أن الشجاج لا تزيد على ماذكر فى الكتاب وقد علم بذلك حقيقة كل واحدة منها ثم ذكر الحكم بعد ذلك وهو واضح قوله (ولان فيما فوق الموضحة) يريد ما هو أكبر شجة منها وهو الهاشمة والمنقلة والآمة وقوله (وفيما قبل الموضحة) يريد الست المتقدمة عليها من الحارصة الى السمحاق والمسبار ما يسبر به الجرح أى يقدر قدر غوره بحديدة أو غيرها والمراد بقوله فيما دون الموضحة ما قبلها وهى الست المذكورة ووجوب حكومة عدل فيها انما هو على رواية غير الاصل وأما على روايته فقد قال يجب القصاص فيما فوق الموضحة وفى

(قوله والاول أن اما يكون قطع أكثر اللحم الذى بينه وبين العظم) أقول ضمير بينه راجع الى الجلد فى قوله ووجه ذلك أن قطع الجلد (قوله والثانى وهو الباضعة) أقول الباضعة على ما ذكره المصنف وغيره هى التى تقطع الجلد (قوله والاول اما أن يقتصر على الاظهار) أقول أى اظهار الجلدة الرقيقة

وفى الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبى عليه السلام قال وفى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمسة عشر وفى الآمة وبروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام فى الجائفة ثلث الدية وعن أبى بكر رضى الله عنه أنه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر وفى كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب فى النافذة ثلثا الدية وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هى التى يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه بدأ مروى عن أبى يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا شجة أخرى تسمى الدامغة وهى التى تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا فى الغالب لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان فى غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة فى الصحيح حتى لو تحققت فى غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها أرش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما

اللحم أى تقطعه انتهى ويعضد ذلك ماوقع فى معتبرات كتب اللغة فانه قال فى المغرب وفى الشجاج الباضعة وهى التى جرحت الجلد وشقت اللحم انتهى وقال فى الصحاح والباضعة الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى الا أنه لا يسيل الدم انتهى وقال فى القاموس والباضعة الشجة التى تقطع الجلد وتشق اللحم شقا خفيفا وتدمى الا أنها تسيل انتهى لا يقال فعلى هذا تشتبه الباضعة بالمتلاحمة فانه قال فى الكتاب والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم وهذا فى المآل عين مانقلته عن المحيط والبدائع فى تفسير الباضعة لانا نقول من فسر الباضعة بما نقلناه من المعنى الظاهر لا يقول بتفسير المتلاحمة بما ذكر فى الكتاب حتى يلزم الاشتباه بل يزيد عليه قيدا وعن هذا قال فى المحيط ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تقطعه قال شيخ الاسلام ولا تنزع شيأ من اللحم ثم المتلاحمة وهى التى تقطع اللحم وتنزع شيأ من اللحم الى هنا لفظ المحيط وقال فى البدائع والباضعة هى التى تبضع اللحم أى تقطعه والمتلاحمة هى التى تذهب فى اللحم أكثر مما تذهب الباضعة فيه انتهى وقال فى المغرب والمتلاحمة من الشجاج هى التى تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها أى تتلاءم وتتلاصق اه وقال فى الصحاح والمتلاحمة الشجة التى اخذت فى اللحم ولم تبلغ السمحاق انتهى وقال فى القاموس وشجة متلاحمة أخذت فيه ولم تبلغ السمحاق انتهى (قوله وفى الجائفة ثلث الدية) قال فى الايضاح الجائفة ماتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وماوصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا ومافوق ذلك فليس بجائفة انتهى وقال فى النهاية ومعراج الدراية بعد نقل ذلك فعلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا وكذا قال فى العناية نقلا عن النهاية أقول نعم على ماذكر فى الايضاح يكون الامر كذلك الا أن المصنف تداركه حيث قال فيما بعد وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن يعنى أنها لما تناولت مافى جوف الرأس أيضا كانت من الشجاج فيما اذا وقعت فى الرأس فتدخل فى مسائل الشجاج باعتبار ذلك فلا يكون ذكرها فى فصل الشجاج مما وقع اتفاقا (قوله ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة) قال فى النهاية ومعراج الدراية وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا على ماذكرنا من رواية الايضاح انتهى أقول ليس لهذا الكلام وجه اذ لاشك أن كلا من الجبهة والوجنتين والذقن داخل فى الوجه لانهم صرحوا فى أول كتاب الطهارة بان حد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتى الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد صرح الشراح فيما سيأتى فى هذا الفصل حتى صاحبا النهاية ومعراج الدراية أنفسهما أيضا بان الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم الذى تحت الذقن وهو اللحيان

وقوله (وفى الجائفة ثلث الدية) قال فى الايضاح الجائفة ماتصل الى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وماوصل من الرقبة الى الموضع الذى اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا ومافوق ذلك فليس بجائفة قال فى النهاية فعلى هذا ذكر الجائفة هنا فى مسائل الشجاج وقع اتفاقا وذلك لان الشجاج تختص بالرأس والجبهة والوجه والذقن وقوله (وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى) يعنى يرجع الى مأخذ الاشتقاق فمحمد ذهب الى أن المتلاحمة مشتقة من التحم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه

(قال المصنف وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة الخ) أقول وعلى ماذكره محمد تبقى التى تأخذ من اللحم غير مذكورة الا أن تعم الباضعة لها كما ذكره الامام الزيلعى وغيره من الشراح

ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها فى الغالب وهو العضوان هذان لاسواهما وأما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه أرش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوى أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخى ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

من الوجه أيضا عندنا خلافا لمالك فقول المصنف ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس يشمل الكل فبعد ذلك ما معنى أن يقال وكذلك تختص بالجبهة والوجنتين والذقن أيضا وكل من العطف وأداة التشبيه يقتضى المغايرة لا محالة (قوله ولانه انما ورد الحكم فيها المعنى الشين الذى يلحقه ببقاء أثر الجراحة) قال بعض الفضلاء دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة ففى قوله ولانه تسامح انتهى أقول ان أراد أنه دليل على ذلك أصالة فهو ممنوع وان أراد أنه دليل أصالة على عدم وجوب أرش مقدر فى الجراحة التى فى غير الوجه والرأس ولكن يتضمن الدلالة أيضا على عدم جواز الحاق تلك الجراحة بالشجاج دلالة فهو مسلم ولكن قوله ففى قوله ولانه تسامح ممنوع لان قوله لان التقدير بالتوقيف دليل على عدم وجوب أرش مقدر فى الجراحة الكائنة فى غير الوجه والرأس ولما كان قوله ولانه انما ورد الحكم فيها الخ دليلا على ذلك أيضا أصالة كان حق الاداء أن يقال ولانه بلا تسامح أصلا ولعل ذلك البعض انما غره تقرير صاحب الكافى ههنا حيث قال لان الاثر بالتقدير جاء فى الشجاج فى الرأس والوجه وغيرهما ليس فى معناهما حتى يلحق بهما لانه انما ورد الحكم فيهما المعنى الشين الذى يلحقهما ببقاء أثر الجراحة والشين انما يكون فيما يظهر من البدن وهو الوجه والرأس انتهى ولكن لتقرير المصنف شأن آخر كما ترى (قوله الا أن عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيه معنى المواجهة أيضا) قال فى النهاية وفى مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسل اللحيين فى الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا أنا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى وهكذا ذكر فى الكفاية ومعراج الدراية أيضا وأما صاحب العناية فذكره على وجه السؤال والجواب حيث قال قيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا فى الطهارة وأجيب بأنا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة انتهى واقتفى أثره الشارح العينى أقول فى الجواب اشكال عندى لان اللحيين اذا كانا من الوجه على الحقيقة كانا داخلين تحت قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم فيكون ترك وجوب غسلهما بالاجماع نسخا للكتاب بالاجماع وقد تقرر فى أصول الفقه أن الاجماع لا ينسخ الكتاب ولا السنة (قوله وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس أو جوف البطن) أقول فيه كلام وهو أن الجائفة ان تناولت ما فى جوف الرأس أيضا فالتى فى جوف الرأس منها ان كانت من أحد الانواع العشرة للشجاج فما معنى ذكرها وبيان حكمها بعد ذكر تلك الانواع بأسرها وبيان حكم كل واحد منها وان لم تكن من أحد تلك الانواع بل كانت مغايرة لها فما معنى قوله فى صدر الفصل الشجاج عشرة اذ تكون الشجاج حينئذ احدى عشرة اللهم الا أن يقال هى احدى تلك الانواع وهو الآمة بدلالة كون حكمها ثلث الدية وذكرها مع حكمها بعد ذكر تلك الانواع مع أحكامها لبيان حال قسمها الذى فى جوف البطن لا لبيان حال قسمها الذى فى جوف الرأس لكنه تعسف لا يخفى

وقوله (وأما اللحيان) يريد به العظم الذى تحت الذقن وقوله (وقد تحقق فيه معنى المواجهة) فيل عليه فيجب أن يكون غسلهما فرضا فى الطهارة وأجيب بأنا تركنا هذه الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة وقوله (ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين) مثاله ان كانت قيمته من غير جراحة تبلغ ألفا ومع الجراحة تبلغ تسعمائة علم أن الجراحة أوجبت نقصان عشر قيمته فأوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته قال قاضيخان والفتوى على هذا وقوله (ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة) بيانه أن هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدارها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع أرش الموضحة وان كان ثلاثة أرباع الموضحة يجب ثلاثة أرباع أرش الموضحة قال شيخ الاسلام هذا هو الاصح لحديث على فانه اعتبر حكومة العدل فى الذى قطع طرف لسانه بهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد

(قال المصنف ولانه انما ورد الحكم فيها الخ) أقول دليل على عدم جواز الحاق الجراحة بها دلالة ففى قوله ولانه تسامح (قال المصنف وهو العضوان هذان لاسواهما) أقول اليد أيضا كذلك ثم الرأس يستر غالبا بالعمامة نعم كشفه أكثر من كشف سائر البدن

﴿فصل﴾

﴿فصل﴾ قال (وفى أصابع اليد نصف الدية) لان فى كل اصبع عشر الدية على ماروينا فكان فى الخمس نصف الدية ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر (فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية) لقوله عليه السلام وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها (وان قطعها مع نصف الساعد ففى الاصابع والكف نصف الدية وفى الزيادة حكومة عدل) وهو رواية عن أبى يوسف وعنه أن مازاد على أصابع اليد والرجل فهو تبع للاصابع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع

﴿فصل فى الاطراف دون الرأس﴾ لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها فى فصل على حدة كذا فى العناية وغيرها أقول لا يذهب على الناظر فى مسائل هذا الفصل أنها غير منحصرة فى الاطراف بل بعضها متعلقة بالاطراف وبعضها متعلقة بالشجاج وبعضها متعلقة بالقتل فالوجه المذكور انما يتمشى فى بعض منها دون الكل فالاوجه عندى أن يقال لما كانت مسائل هذا الفصل مسائل متفرقة ولهذا كانت كل مسئلة منها فى باب على حدة فى مختصر الكرخى كما ذكر فى غاية البيان أوردها المصنف فى فصل على حدة وأخرها عن الفصلين المارين جريا على ماهو عادة المصنفين من جمع المسائل المتفرقات فى فصل واحد وتأخيرها عن سائر الفصول تلافيا لما فات فيها الا أنه لم يصرح بكونها مسائل متفرقة كما هو المعتاد أيضا اعتمادا على فهم الناظرين (قوله وفى أصابع اليد نصف الدية) أى فى أصابع اليد الواحدة نصف الدية اذ فى أصابع اليدين كمال الدية كما مر أقول لقائل أن يقول لما ذكر فيما مر أن فى كل اصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية كان ذكر هذه المسئلة ههنا مستدركا اذ لا شك أن خمسة أعشار الدية نصف الدية فعلم قطعا مما مر أن فى أصابع اليد الواحدة وهى خمس أصابع نصف الدية ولو لم يكف الاستلزام والاقتضاء فى حصول العلم بمسئلة بل كان لابد فيه من التصريح بها للزم أن يذكر أيضا أن فى الاصبعين عشرى الدية وفى ثلاث أصابع ثلاثة أعشار الدية وفى أربع أصابع أربعة أعشار الدية الى غير ذلك من المسائل المتروك ذكرها صراحة فى الكتاب ويمكن الجواب عنه بان ذكر هذه المسئلة هنا ليس لبيان نفسها أصالة حتى يتوهم الاستدراك بل ليكون ذكرها توطئة للمسئلة المعاقبة اياها وهى قوله فان قطعها مع الكف ففيه أيضا نصف الدية فالمقصود بالبيان هنا أن قطع الاصابع وحدها وقطعها مع الكف سيان فى الحكم وعن هذا قال فى الوقاية فى هذا المقام وفى أصابع يد بلا كف ومعها نصف الدية (قوله ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على مامر) يعنى أن قطع كلها تفويت جنس منفعة البطش وهو يوجب الدية الكاملة على مامر ففى تفويت نصف منفعة البطش اللازم من قطع أصابع اليد الواحدة نصف الدية لا محالة ثم ان جمهور الشراح قالوا قوله على مامر اشارة الى قوله ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهى عشرة فتنقسم الدية عليها أقول فيه بحث اذ الظاهر ان قوله على مامر متعلق بقوله وهو الموجب لا بما قبله والا لكان حق قوله وهو الموجب أن يؤخر عن قوله على مامر واذا كان قوله على مامر متعلقا بقوله وهو الموجب لم يتم أن يشار به الى ما قاله هؤلاء الشراح اذ ليس فى ذلك تعرض لما هو الموجب للدية حتى يشار اليه هنا بقوله كما مر وقال صاحب الغاية هنا قوله وهو الموجب على مامر أى الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة على مامر فى فصل فيما دون النفس اهـ أقول هذا أبعد مما ذهب اليه جمهور الشراح لان بيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة مما لا فائدة له أصلا فيما نحن فيه لان المفروض فيه قطع أصابع اليد الواحدة على مايدل عليه قوله ولان فى قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش دون مجرد ازالة

﴿فصل﴾ لما كانت الاطراف دون الرأس ولها حكم على حدة ذكرها فى فصل على حدة (فى أصابع اليد نصف الدية) لان فى كل اصبع عشر الدية على ماروينا من قوله صلى الله عليه وسلم فى كل اصبع عشر من الابل وقوله (على مامر) اشارة الى قوله ولان فى قطع الكل تفويت جنس المنفعة الخ

﴿فصل فى أصابع اليد﴾ قال المصنف (وفى أصابع اليد نصف الدية) أقول ولا يعلم فيه خلاف

وقوله (ولا تبع للتبع) يعني واذا لم يكن تبعا للاصابع ولا للكف وجب اعتباره على حدة اذ لا وجه لاهداره ولم يرد فيه من الشارع شيء مقدر فيجب فيه حكومة عدل وأجيب عن قوله واليد اسم لهذه الجارحة بالمنع فان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به من مفصل الزند كما في آية السرقة وقوله (وان قطع الكف من المفصل) واضح (وقوله والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب) يعني أن الترجيح من حيث الحقيقة والشرع أما من حيث الحقيقة فهو أن البطش بالاصابع وأما من حيث الحكم فلان الاصبع له أرش مقدر والكف ليس كذلك وما ثبت فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه شرعا فهو ثابت بالرأي وهو لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير نصا أولى فان المصير الى الرأي ضرورة ولا ضرورة عند امكان ايجاب الارش المقدر شرعا ولما كان الاعتبار عند أبي حنيفة لتقدير الشرع نصا لم يفرق

بين أن يكون الباقي من الاصابع واحدا أو أكثر لان للاصبع الواحدة أرشا مقدرا فيجعل الكف تبعا للاصبع الواحدة وكذا المفصل الواحد من الاصبع في ظاهر الرواية لان له أرشا مقدرا وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا حكم للتبع وقوله (في الاصبع الزائدة حكومة عدل) يعني سواء قطع عمدا أو خطأ وسواء كان للقاطع اصبع زائدة أولا أما اذا لم يكن فلانه لا وجه الى قطع اصبع أخرى فلا يجب القصاص كمن قطع ابهام انسان وليس له ابهام ولان المساواة في القيمة شرط جريان القصاص ولم توجد لان قيمة الاصبع الزائدة حكومة عدل وقيمة الاصبع الغير الزائدة أرش مقدر فلا مساواة بينهما في القيمة وأما اذا كان له اصبع زائدة فلان المساواة في القيمة يقينا شرط جريان القصاص ولم توجد لما قلنا ان الواجب في قطع الزائد حكومة عدل وهي تعرف بالقيمة والقيمة تعرف بالحزر والظن فلا يقين ثمة وكذلك وقوله (لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة) قيل عليه انه منقوض بما اذا كان في ذقن رجل شعيرات معدودة فأزالها رجل ولم ينبت مثلها فانه لم يجب حكومة عدل وان كان الشعر جزأ من الآدمي بدليل أنه لا يحل الانتفاع به وأجيب بان ازالة جزء الآدمي انما توجب حكومة عدل اذا بقي من أثره ما يشينه كما في قطع الاصبع الزائدة وازالة الشعيرات تزينه لا تشينه فلا توجبها كما لو قص ظفر غيره بغير اذنه

ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى أن يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى أن يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال (وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كان اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ينظر الى أرش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار أحدهما لان كل واحد منهما أصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله أن الاصابع أصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها وأوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم أولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب (ولو كان في الكف ثلاثة أصابع يجب أرش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع) لان الاصابع أصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة بأسرها قال (وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل) تشريفا للآدمي لانه جزء من يده ولكن لا منفعة فيه ولا زينة

منفعتها بدون القطع حتى يتصور كون قول المصنف ههنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في فصل فيما دون النفس قبيل فصل الشجاج بقوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة كما زعمه صاحب الغاية بخلاف ما مر في ذلك الفصل فان وضع المسئلة هنالك فيمن ضرب عضوا فأذهب منفعته بدون أن يقطعه فلبيان كون الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت الصورة تأثير تام وفائدة ظاهرة هنالك ثم أقول الاقرب الى الحق عندي أن يكون قول المصنف هنا على ما مر اشارة الى ما ذكره في أوائل فصل فيما دون النفس من قوله والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اه فان الظاهر منه أن الموجب للدية الكاملة في الاطراف تفويت جنس المنفعة أو ازالة الجمال المقصود في الآدمي على الكمال فيناسب الاشارة اليه هنا بقوله على ما مر في قوله وهو الموجب على ما مر (قوله ولهما أن اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن يكون لكل واحد من الكف والاصابع مدخل في البطش ومدلول قوله فيما قبل ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها أن يكون الباطش هو

(قوله وأجيب بأن ازالة جزء الآدمي الخ) أقول وجوب الحكومة يدل على ذلك لانها باعتبار النقص في القيمة وذلك بالشين اللاحق به وقول الكرخي لا يمكن اعتباره في غير الرأس والوجه كما لا يخفى

وقوله (وكذلك السن الشاغية) أى الزائدة (لما قلنا) يريد قوله لانه جزء من يده فان السن جزء من فيه والسن الشاغية هى التى تخالف نبتها نبت غيرها من الاسنان يقال رجل أشغى وامرأة شغواء فانها وان كانت زائدة فهى نقصان معنى وقوله (والظاهر لا يصلح حجة للالزام) انما قيد بالالزام لان مثل هذا الظاهر يصلح حجة لغير الالزام حتى لو أعتق صغيرا لا يعلم صحة هذه الاعضاء منه يقينا يخرج عن عهدة الكفارة لان الغالب هو السلامة وقد تقدم من قبل فى قوله ويجزيه رضيع قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه) فى هذا بيان أن الجزء قد يدخل فى الكل قوله (فصار كما اذا أوضحه فمات) يعنى من حيث ان ذهاب العقل فى معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم أو من حيث ان العقل ليس فى موضع يشار اليه فصار كالروح للجسد وقوله (وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر) لبيان الجزئية وقوله (حتى لو نبت) يعنى الشعر (يسقط) يعنى أرش الموضحة لبيان أن الارش يجب بالفوات كذا فى النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما وقوله (وقد تعلقا) يعنى أرش الموضحة والدية (بسبب واحد) وهو فوات الشعر لكن سبب الدية الكل فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده

(وكذلك السن الشاغية) لما قلنا (وفى عين الصبى وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل) وقال الشافعى تجب فيه دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فأشبه قطع المارن والاذن ولنا أن المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال (وكذا لو استهل الصبى) لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفى الذكر بالحركة وفى العين بما يستدل به على النظر فيكون حكمه بعد ذلك حكم البالغ فى العمد والخطا قال (ومن شج رجلا فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة فى الدية) لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضحه فمات وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء فى الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات

الاصابع لا غير فبين كلاميه فى المقامين نوع تدافع وكان صاحب الكافى تفطن له حيث غير تحرير المصنف هنا فقال لهما أن أرش اليد انما يجب باعتبار انه آلة باطشة والاصل فى البطش الاصابع والكف تبع لها أما الساعد فلا يتبعها لانه غير متصل بها ولم يجعل تبعا لها فى حق التضمين انتهى ثم أقول يمكن التوفيق بين كلامى المصنف أيضا بنوع عناية وهو أن يقدر المضاف فى قوله فيما قبل لان البطش بها أى لان أصل البطش بها كما قال فى الكافى هنالك لان قوام البطش بها فلا ينافى أن يكون بالكف أيضا بطش فى الجملة بالتبعية فيرتفع التدافع (قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا أوضحه فمات) أقول فيه نظر اذ لو كان فوات العقل بمنزلة الموت وكان هذا مدار دخول أرش الموضحة فى الدية لما تم ما سبق فى فصل فيما دون النفس من انه قد روى أن عمر رضى الله عنه قضى بأربع ديات فى ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فانهم صرحوا بانه لو مات من الشجة لم يلزمه الا دية واحدة فلو صح كون فوات العقل بمنزلة الموت لما لزم (٢) فى ضربة ذهب بها العقل الا دية واحدة فليتأمل (قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط) قال صاحب النهاية أى لو نبت الشعر والتأمت الشجة فصار كما كان لا يجب شئ فثبت بهذا أن وجوب أرش الموضحة بسبب فوات الشعر انتهى وقال صاحب العناية قوله وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر لبيان الجزئية وقوله حتى لو نبت يعنى الشعر يسقط يعنى أرش الموضحة لبيان أن الارش يجب بالفوات كذا فى النهاية وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما انتهى أقول ان قوله وليس بمفتقر اليه لكونه معلوما ليس بشئ اذ لا ريب أن كون وجوب أرش الموضحة بفوات جزء من الشعر لا بمجرد تفريق الاتصال والايلام الشديد أمر خفى جدا غير معلوم بدون البيان والاعلام اذ كان الظاهر المتبادر مما ذكروا فى فصل الشجاج أن لا يشترط فى وجوب أرش الموضحة فوات جزء من الشعر بالكلية بان لا ينبت بعد أصلا فانهم قالوا الموضحة من الشجاج هى التى توضح العظم أى تبينه ثم بينوا حكمها بانه القصاص ان كانت عمدا ونصف عشر الدية ان كانت خطأ ولا شك أن اسم الموضحة وحدها المذكور يتحققان فيما نبت فيه الشعر أيضا فكان اشتراط أن لا ينبت الشعر بعد البرء أصلا فى وجوب أرشها أمرا خفيا محتاجا الى البيان بل الى البرهان ولهذا قال المصنف وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من

(قال المصنف وقال الشافعى تجب دية كاملة) أقول قال الكاكى وبه قال أحمد والثورى لعموم الحديث قلنا خص منه لسان الاخرس انتهى وفيه أنه لا يدفع عموم حديث العين والذكر (قوله أو من حيث ان العقل ليس فى موضع يشار اليه الخ) أقول قال العلامة الكاكى وفيه تأمل اذ بعض أهل السنة قالوا محل العقل القلب وبعضهم قالوا محله الرأس انتهى فكان الاولى أن يقال من حيث بطلان منفعة جميع الاعضاء كما قاله المصنف فشرح كلامه بما ذكره لا يطابق المشروح

(٢) لم لا يلزم كذا بهامش الأصل

وجوابه ماذكرناه قال (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه فعليه أرش الموضحة مع الدية) قالوا هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل فى دية السمع والكلام ولا تدخل فى دية البصر وجه الاول أن كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على مابينا ووجه الثانى أن السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به قال (وفى الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص فى ذلك) عند أبي حنيفة قالوا وينبغى أن تجب الدية فيهما (وقالا فى الموضحة القصاص) قالوا وينبغى أن تجب الدية فى العينين قال (وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقى من الاصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه فى شىء من ذلك)

الشعر حتى لو نبت يسقط وقال فى الكافى ووجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر ولهذا لو نبت الشعر على ذلك الموضع واستوى لا يجب شىء وقال فى المبسوط وجوب أرش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت الشعر على ذلك الموضع فاستوى كما كان لا يجب شىء الى غير ذلك من البيانات الواقعة من الثقات (قوله وجوابه ماذكرناه) قال فى العناية قيل يعنى به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول انتهى أقول فى قوله وهو أشمل بحث لان المراد بسبب واحد فى قول المصنف وقد تعلقا بسبب واحد انما هو فوات الشعر كما يرشد اليه قوله فدخل الجزء فى الجملة لان الجزئية انما توجد فى صورة فوات شعر رأسه بالشجة لا فى صورة ذهاب عقله بها وقد صرح الشراح حتى صاحب العناية نفسه بكون مراد المصنف بسبب واحد ههنا فوات الشعر حيث قال فى شرحه قوله وقد تعلقا يعنى أرش الموضحة والدية بسبب واحد وهو فوات الشعر لكن سبب الموضحة البعض وسبب الدية الكل فدخل الجزء فى الجملة انتهى ولا يخفى أن هذا المعنى يختص بالمسئلة الثانية وهى صورة ذهاب شعر رأسه كما أن قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء مختص بالمسئلة الاولى وهى صورة ذهاب عقله فكيف يصح القول بان القيل الثانى أشمل من الاول والوجه عندى أن يكون مراد المصنف بقوله ماذكرناه فى قوله وجوابه ماذكرناه مجموع ماذكره فى تعليلى المسئلتين فحينئذ يوجد الشمول بلا غبار كما لا يخفى (قوله وجه الاول أن كل واحد جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فأشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء) قال فى معراج الدراية قال الهندوانى كنا نفرق بهذا الفرق حتى رأيت ما ينقضه وهو انه لو قطع يده فذهب عقله ان عليه دية العقل وأرش اليد بلا خلاف من أحد فلو كان زوال العقل كزوال الروح لما وجب أرش اليد كما لو مات والصحيح من الفرق أن الجناية وقعت على عضو واحد فى العقل ووقعت فى السمع والبصر على عضوين فلا يدخل انتهى أقول كما ينتقض الفرق المذكور فى الكتاب بالمسئلة التى ذكرها الهندوانى كذلك ينتقض ما عده صحيحا من الفرق بتلك المسئلة فان الجناية وقعت فيها أيضا على عضو واحد وهو اليد مع أنه لم يدخل أرش اليد فى الدية وان اعتبر العقل فى تلك المسئلة عضوا مغايرا لعضو اليد فتكون الجناية فيها واقعة على العضوين بذلك الاعتبار فلم لم يعتبر العقل فى مسئلة الشجة أيضا عضوا مغايرا لمحل الشجة حتى تكون هذه المسئلة أيضا بذلك الاعتبار من قبيل ما وقعت الجناية على عضوين فلا يدخل الارش فى الدية كما فى السمع والبصر وبالجملة ما عده الهندوانى صحيحا من الفرق هنا لا يخلو عن الانتقاض أيضا فتأمل (قوله ووجه الثانى أن السمع والكلام مبطن) قال صاحب العناية قيل يراد به الكلام النفسى بحيث لا ترتسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففى جعله مبطنا

وقوله (وجوابه ماذكرناه) قيل يعنى به قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقيل قوله وقد تعلقا بسبب واحد وهو أشمل من الاول وقوله (قالوا) يعنى المشايخ (هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف) قال فى النهاية ذكر أبي يوسف مع أبي حنيفة وقع سهوا لكونه مخالفا لجميع روايات الكتب المتداولة فينبغى أن يذكر محمدا مكان أبي يوسف كما هو فى الايضاح أو لا يذكر أحدا أصلا كما هو رواية المبسوط وشروح الجامع الصغير والذخيرة والمغنى وهذا الذى ذكره اذا كان خطأ وأما اذا كان عمدا يجب أرش الموضحة ودية السمع والبصر عند أبي حنيفة وعندهما يجب القصاص فى الشجة والدية فى السمع والبصر وقوله (وجه الاول) هو أن أرش الموضحة لا يدخل فى الدية الواجبة بذهاب السمع والبصر والكلام وقوله (على مابينا) يعنى قوله لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء وقوله (ووجه الثانى) يعنى قوله وعن أبي يوسف أن السمع والكلام مبطن قيل يراد به الكلام النفسى بحيث لا ترتسم فيها المعانى ولا يقدر على نظم التكلم فان كان المراد ذلك كان الفرق بينه وبين ذهاب العقل عسرا جدا وان كان المراد به التكلم بالحروف والاصوات ففى جعله مبطنا نظر وقوله (وقالوا) يعنى المشايخ أى قال المشايخ (ينبغى أن تجب الدية فيهما) أى فى العينين (والارش فى الموضحة) وقالا فى الموضحة القصاص (قالوا) أى المشايخ (وينبغى أن تجب الدية فى العينين)

وقوله (لهما فى الخلافية) أى فيما اذا شج رجلا موضحة فذهبت عيناه (فلا يجب فى الموضحة القصاص وفى العينين الدية وله) أى ولابى حنيفة (أن الجراحة الاولى سارية والجراحة التى تعمل قصاصا قد لا تكون سارية اذ ليس فى وسعه فعل ذلك) فلا يكون مثلا للاولى ولا قصاص بدون المماثلة (ولان الفعل واحد وهو الحركة القائمة) أى الثابتة حال الشج (وكذا المحل) أى محل الجنايتين (واحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر) ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق فيورث الشبهة فى البداية نظرا الى اتحادهما وقوله (بخلاف النفسين) جواب عن قولهما كمن رمى الى رجل عمدا فأصابه وتعدى الى غيره فقتله ووجه ذلك أنا جعلنا الفعل واحدا من حيث ان الثانى حصل من سراية الاول وههنا ليس كذلك فان السراية انما تكون بتعاقب الآلام وهو انما يتحقق فى شخص واحد قوله (وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع) جواب عما يقال اذا قطع اصبع رجل عمدا فاضطرب السكين ووقع على اصبع أخرى فقطعها يقتص للاولى دون الثانية فما بال مسئلتنا لم تكن كذلك ووجهه أن القطع الثانى انما لم يورث الشبهة فى القصاص لانه فعل مقصود وأما ذهاب العين بالسراية فليس بفعل مقصود فقوله (لانه ليس فعلا مقصودا) الضمير فيه عائد الى ذهاب العين بالسراية وبهذا التوجيه يندفع ما قال فى النهاية ان فى قوله لانه ليس فعلا مقصودا نظرا وأن الصواب ماذكره فى الذخيرة أنه مقصود ولكن ليس من أثره فانه رجع الضمير الى الفعل الثانى فاختل الكلام وقد ذكر المصنف فرقين بناء على ماذكر من الدليلين الاول بالنسبة الى الاول والثانى الى الثانى (وقالا وزفر) تركيب غير جائز ولو قال وقالا هما وزفر كان صوابا وقوله (والوجه من الجانبين قد ذكرناه آنفا) يريد قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه الخ وقوله (انه يجب القصاص فيهما) أى فى الشجة وذهاب البصر فرق محمد على هذه الرواية بين ذهاب البصر من الشجة وبين ذهاب السمع منها فأوجب القصاص فيهما فى الاول دون الثانى لانه لو ذهب سمعه بفعل مقصود بأن ضرب على رأسه حتى ذهب سمعه لا يجب القصاص لتعذر اعتبار المساواة بخلاف البصر فان ذهابه ان كان بفعل مقصود يجب القصاص فكذلك بسراية الموضحة وقوله (بخلاف الخلافية الاخيرة) يعنى قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها أخرى وقوله (ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة فى نفسها) حتى وجب أرشها مع دية العينين عند أبى حنيفة والقصاص فى الموضحة والارش فى العينين عندهما

وينبغى أن تجب الدية فى المفصل الاعلى وفيما بقى حكومة عدل (وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقى) ولم يحك خلافا وينبغى أن تجب الدية فى السن كله (ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس أو اكسر القدر المكسور واترك الباقى لم يكن له ذلك) لان الفعل فى نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما لو شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الزيادة لهما فى الخلافية أن الفعل فى محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة فى احداهما لا تتعدى الى الأخرى كمن رمى الى رجل عمدا فأصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود فى الاول والدية فى الثانى وله أن الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس فى وسعه السارى فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال أحدهما بالآخر فأورثت نهايته شبهة الخطا فى البداية بخلاف النفسين لان أحدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا قال (وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها أخرى فلا قصاص فى شئ من ذلك) عند أبى حنيفة وقالا هما وزفر والحسن يقتص من الاولى وفى الثانية أرشها والوجه من الجانبين قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد فى المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما فى النفس والبصر يجرى فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية أن سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص توجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور أن ذهاب البصر بطريق التسبب ألا ترى أن الشجة بقيت موجبة فى نفسها ولا قود فى التسبب بخلاف السراية الى النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة قال (ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص) الا على رواية ابن سماعة (ولو أوضحه موضحتين

نظر انتهى أقول يمكن أن المراد به هو الثانى والمراد بكون السمع والكلام مبطنا كون محلهما مستورا غائبا عن الحس بخلاف البصر فان محله ظاهر مشاهد فيندفع النظر كما ترى (قوله وينبغى أن تجب الدية فى المفصل الاعلى وفيما بقى حكومة عدل) أقول لقائل أن يقول هذا يخالف وينافى ماذكره فيما قبل من قوله وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء فى الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده فان مقتضى ما أسلفه أن يجب فى الكل الدية ويدخل الجزء فى الكل على خلاف ماذكره ههنا اللهم الا أن يكون بناء اختلاف ماذكره فى المقامين على اختلاف الروايتين فى المسئلة ومما يعضده كلام تاج الشر يعة هنا حيث قال وذكر الصدر الشهيد فى الجامع على نحو ماذكر هنا

وقوله (فتأ كلتا) اى صارتا واحدة بالا كل (فهو على الروايتين) أى الرواية المشهورة ورواية ابن سماعة (عن محمد) يعنى لاقصاص على المشهور وفيهما القصاص على رواية ابن سماعة (وعن أبى يوسف أنه اذا قلع سن بالغ فنبت مكانها أخرى تجب حكومة عدل) لمكان الالم الحاصل يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة وقوله (فنبتت سن الاول) يعنى بغيراعوجاج وان نبت معوجا (٣٢٠) تجب حكومة عدل قوله (ولهذا يستأنى حولا) أى يؤجل سنة (بالاجماع) وقال فى التتمة حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر فى انباته ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال فى الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ والصغير جميعا لقوله صلى الله عليه وسلم فى الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافى الاجماع وقوله (فاختلفا قبل السنة) أى قال المضروب انما سقط سنى بضربك وقال الضارب بسبب آخر وقوله (ليكون التأجيل مفيدا) يعنى أن التأجيل انما كان ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قوله كان التأجيل وعدمه سواء وقوله (وان اختلفا فى ذلك) أى فى سقوط السن بعد السنة

فتأ كلتا فهو على الروايتين هاتين قال (ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الارش فى قول أبى حنيفة وقالا عليه الارش كاملا) لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله أن الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبى فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة (وعن أبى يوسف أنه تجب حكومة عدل) لمكان الالم الحاصل (ولو قلع سن غيره فردها صاحبها فى مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع الارش بكماله) لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود (وكذا اذا قطع أذنه فالصقها فالتحمت) لانها لا تعود الى ما كانت عليه (ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم) لانه تبين أنه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغى أن ينتظر اليأس فى ذلك للقصاص الا أن فى اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين أنا أخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا أنه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال قال (ولو ضرب انسان سن انسان فتحركت يستأنى حولا) ليظهر أثر فعله (فلو أجله القاضى سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه فالقول للمضروب) ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة أما التحريك فيؤثر فى السقوط فافترقا (وان اختلفا فى ذلك بعد السنة فالقول للضارب) لانه ينكر أثر فعله وقد مضى الاجل الذى وقته القاضى لظهور الاثر فكان القول للمنكر (ولو لم تسقط لاشئ على الضارب) وعن أبى يوسف انه تجب حكومة الالم

وذكر فخر الاسلام البزدوى فى مبسوطه أجمعوا على انه لو قطع مفصلا من اصبع فشل الباقى فانه يجب فى الكل الارش ويجعل كله جناية واحدة انتهى تدبر (قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع) أى يؤجل سنة بالاجماع وذكر فى التتمة أن سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التأجيل الا أن قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ الارش لانه لا يدرى عاقبته انتهى قال صاحب العناية بعد نقل ذلك اجمالا وليس بظاهر وانما الظاهر ما قال المصنف لان الحول مشتمل على الفصول الاربعة ولها تأثير فيما يتعلق ببدن الانسان فلعل فصلا منها يوافق مزاج المجنى عليه فيؤثر فى انباته وقال ولكن قوله بالاجماع فيه نظر لانه قال فى الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ والصغير جميعا لقوله عليه السلام فى الجراحات كلها يستأنى حولا وهو كما ترى ينافى الاجماع انتهى أقول نظره ساقط لان الذى ينافى الاجماع مما نقله عن الذخيرة انما هو مفهوم قوله وبعض مشايخنا قالوا أى مفهوم المخالفة لكن مفهوم ذلك انما هو عدم اجماع المشايخ لا عدم اجماع المجتهدين ومراد المصنف بالاجماع فى قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع انما هو اجماع المجتهدين دون اجماع المشايخ وانتفاء أحد الاجماعين لا يستلزم انتفاء الآخر

(قوله وبعض مشايخنا قالوا الاستيناء حولا فى فصل القلع فى البالغ) أقول يعنى بعض المشايخ قالوا الاستيناء حولا وسنتين انما هو فى الصغير وأما فى البالغ فلا يستأنى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام فى الجراحات كلها يستأنى حولا) أقول اعلم أن فى سن الصبى يستأنى حولا بالاتفاق وفى سن البالغ خلاف أبى يوسف والتفصيل فى غاية البيان ثم لا يخفى عليك أن ما ذكره الشارح لا يدل على نفى الاجماع فى سن البالغ الا بتكلف (قال المصنف وان اختلفا فى ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر أثر فعله الخ) أقول هذا لا يدل على كون القول للضارب اذا كان السقوط قبل السنة والاختلاف بعدها وثبت ذلك بالبينة أو بالنكول

وقوله (وسنبين الوجهين) أي وجه قوله لاشئ على الضارب ووجه حكومة الالم وقوله (يجب الارش كاملا) وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله لايمكنه أن يضرب به ضربا يسود منه ولم يفصل بين ما اذا كانت السن من الاضراس التي لاترى أو من الاسنان التي ترى وقالوا يجب أن يكون الجواب على التفصيل فان كانت من الاضراس فالمعتبر في وجوب كمال الارش فقد منفعة المضغ بالاسوداد دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل وان كانت مما يرى فالامر بالعكس ولم يذكر الاصفرار وهو كالاسوداد عند بعض المشايخ يجب كمال الارش وعند آخرين حكومة عدل لانه لم يفوت جنس منفعة السن ولا فوت الجمال على الكمال لان الصفرة قد تكون لون الاسنان في بعض الانسان وانما يكون فيه نوع نقص فتجب الحكومة بخلاف الحمرة والخضرة والسواد لانها لاتكون لون الانسان بحال فكان مفوتا للجمال على الكمال اذا كانت بادية قال (ومن شج رجلا فالتحمت) كلامه ظاهر وتعليل أبي حنيفة وأبي يوسف هو الموعود قبيل هذا بقوله وسنبين الوجهين بعد هذا وقوله (الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع الخ) جواب عن قول أبي يوسف فالالم الحاصل ما زال وعن قول محمد انما لزمه أجر الطبيب ووجهه أن تحمل الالم من المنافع ومعالجة الطبيب كذلك والمنافع على أصلنا لاتتقوم الا بعقد كالاجارة الصحيحة والمضاربة الصحيحة أو بشبهته كالاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد شئ من ذلك في حق الجاني فلا يغرم شيأ وقوله (ومن ضرب رجلا الخ) يعني اذا ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرئ منها وبقي أثر الضرب فعليه أرشه وان لم يجرحه فلا شئ عليه بالاتفاق وان لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة وهو سقوط الارش عند أبي حنيفة ووجوب أرش الالم عند أبي يوسف ووجوب أجرة الطبيب عند محمد

وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى (ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الارش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص) لانه لايمكنه أن يضرب به ضربا تسود منه (وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي) لاقصاص لما ذكرنا (وكذا لو احمر أو اخضر) ولو اصفر فيه روايتان قال (ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر ونبت الشعر سقط الارش) عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال أبو يوسف يجب عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقال محمد عليه أجرة الطبيب لانه انما لزمه الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه أخذ ذلك من ماله الا أن أبا حنيفة يقول ان المنافع على أصلنا لاتتقوم الا بعقد أو بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيأ قال (ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها فعليه أرش الضرب) معناه اذا بقي أثر الضرب فأما اذا لم يبق أثره فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله خطأ قبل البرء فعليه الدية وسقط عنه أرش اليد)

ألا يرى أن المشايخ كثيرا ما يختلفون في رواية المسئلة عن المجتهدين فبعضهم يروي اجتماع المجتهدين فيها وبعضهم يروي اختلافهم فيها وما نحن فيه يشبه أن يكون من هذا القبيل كما يشعر به ما ذكر في غاية البيان فانه قال فيها ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر أبي يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف رجل قلع سن رجل لا أنتظر بها حولا وانما أنتظر بسن الصبي وأقضي عليه بأرشها وذلك لان نبات السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض أصحابنا مثل خواهر زاده وغيره وقال الناطفي أيضا قال في المجرد لو نزع سن صبي ينبغي للقاضي أن يأخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه فاذا مضت سنة ولم تنبت اقتص له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا بين سن البالغ والصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري والسرخسي وغيرهما الى هنا لفظ الغاية والظاهر أن المصنف أيضا ذهب اليه فقال ولهذا يستأنى حولا بالاجماع من غير فرق بين الصبي والبالغ وادعى الاجماع أخذا بما ذكر في المجرد بدون رواية خلاف أحد من المجتهدين والعجب من صاحب العناية أنه جعل ما ذكر في الذخيرة منافيا للاجماع ولم يجعل ما ذكر في التتمة منافيا له حيث لم يورد النظر به مع كون منافاته اياه أظهر على تقدير حمل الاجماع على اجماع المشايخ كما هو مدار نظره المذكور وعن هذا قال صاحب النهاية وصاحبا الكفاية ومعراج الدراية قوله ولهذا يستأنى حولا بالاجماع يخالف رواية التتمة (قوله ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطا على العاقلة وفي العمد في ماله) قال في الذخيرة والمحيط أوجب محمد كمال الأرش باسوداد السن ولم يفصل بين أن يكون السن من الاضراس

(قوله دون الجمال لانه ليس بظاهر ففيه حكومة عدل) أقول ضمير ففيه راجع الى الجمال (قوله وان كانت مما ترى فالامر بالعكس) أقول مخالف لما ذكره قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة (قال المصنف وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى عليه أرش الالم) أقول يدل على أن ذلك ظاهر الرواية عنه وقوله فيما سبق في موضعين وعن أبي يوسف يدل على أنه غير ظاهر الرواية (قوله ووجهه أن تحمل الالم من المنافع) أقول فيه تأمل (قال المصنف وقال محمد وعليه أجرة الطبيب) أقول وعليه ثمن الادوية لكنه غلب الاول على الثاني لاطراده دونه

لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال (ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسرى الى النفس فيظهر أنه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال (وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل أرش وجب بالصلح فهو في مال القاتل) لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير أن الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع

التي لا ترى أو من العوارض التي ترى قالوا يجب أن يكون الجواب فيها على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فاتت منفعة المضغ بالاسوداد يجب الأرش كاملا والا يجب حكومة العدل وان كان السن من العوارض التي ترى وتظهر يجب كمال الأرش بالاسوداد وان لم تفت منفعته لانه فوت جمالا على الكمال انتهى وهذا ذكره الشراح هنا وعزاه أكثرهم الى الذخيرة فقط وأورد بعض الفضلاء على جواب الشق الثاني من التفصيل انه مخالف لما ذكروه قبيل فصل الشجاج من أن الجمال تابع في العضو الذي يقصد منه المنفعة انتهى أقول يمكن أن يجاب عنه بأن المنفعة في الاسنان التي ترى ليست بمقصودة منها بالذات وان حصلت فيها أيضا في الجملة وانما المقصود منها بالذات الجمال والزينة للانسان وما ذكروا قبيل فصل الشجاج من كون الجمال تابعا انما هو في الاعضاء التي يقصد منها المنفعة أصالة كاليد ونحوها فلا مخالفة (قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث) قال صاحب الغاية فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر آنفا انتهى أقول هذا النظر في غاية السقوط أما أولا فلان هذا الحديث كما روى موقوفا عن ابن عباس والشعبي روى أيضا مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما نص عليه هنا صاحب الكافي حيث قال والاصل فيه حديث ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة انتهى وكذا نص عليه المصنف في كتاب المعاقل بهذا المنوال فكان من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما روى مرفوعا اليه بلا ريب وهذا يكفي في صحة عبارة المصنف هنا كما لا يخفى وأما ثانيا فلانه على ما روى موقوفا أيضا يحمل على الرواية عن النبي عليه السلام لانه مما لا يعلم بالرأى بل يتوقف على السماع ومثل هذا يحمل على السماع صيانة للصحابي عن الكذب والجزاف ويصير الموقوف فيه كالمرفوع على ما تقرر في علم الاصول ومر في الكتاب مرارا فصح قول المصنف في حق هذا الحديث لقوله عليه السلام على كل حال والعجب من صاحب الغاية أنه قال وقد مر آنفا والذي مر منه آنفا يصير جوابا عن نظره هذا فانه قال هنالك روى محمد بن الحسن في موطئه وقال أخبرنا عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على أنه رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجزاف الى هنا لفظه وهذا صريح في الجواب عن نظره ههنا كما لا يخفى (قوله غير أن الاول يجب في ثلاث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد) أقول ان قيد ابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء مستدرك بل مفسد لان المصنف قال في أوائل كتاب الجنايات أثناء بيان أن من موجبات

وقوله (لان الجناية من جنس واحد) لكون كل واحد منهما خطأ وقد تقدم أقسام هذه المسئلة وقوله (ومن جرح رجلا جراحة) واضح وقوله (لانه مال وجب بالقتل ابتداء) يعني لا بعقد يحدث بعد القتل كالصلح

(قوله وقد تقدم أقسام هذه المسئلة) أقول في أول فصل ومن قطع يد رجل خطأ (قال المصنف لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث) أقول وفي الكفاية ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا مادون أرش الموضحة قوله ولا عبدا أي لا تعقل عاقلة الانسان ما جنى على عبد فما دون النفس لان الاطراف في العبد يسلك بها مسلك الاموال والعاقلة لا تعقل الجنايات المالية حتى لو قتل عبد انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يسلك به مسلك الاموال وقد قيل ان المراد أن العبد اذا جنى جناية فالمولى هو الذي يلزمه الدفع أو الفداء دون عاقلة المولى كذا في الاوضح انتهى ورد في القاموس ذلك وقال لو أريد هذا المعنى لقيل وعن عبد فانه فرق بين عقلته وعقلت عنه انتهى وسيجيء جوابه على التفصيل

قال (واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وقال الشافعي رحمه الله تجب حالة لان الاصل أن ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا (وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته) لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون) وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى تجب الدية في ماله حالة لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه أحد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على أصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ماروى عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فاني يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا القلم

شبه العمد الدية المغلظة على العاقلة والاصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة فلو كان الاول ههنا مالا وجب بالقتل ابتداء لوجب على العاقلة على مقتضى الاصل المذكور هنالك مع أنه يجب على القاتل في ماله كما صرح به آنفا فالوجه أن يترك قيد ابتداء ههنا فيقال لانه مال وجب بالقتل احترازا به عما وجب بالعمد كما في القسم الثاني فانه يجب حالا ولقد أصاب فيما بعد حيث قال ولنا أنه مال واجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطا وشبه العمد (قوله واذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) قال صاحب العناية كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي انتهى أقول اعتذاره هذا ليس بسديد أما أولا فلان ذكر حكم هذه المسئلة بعد ذكر تلك الضابطة الكلية قد وقع في مختصر القدوري والبداية أيضا بدون بيان خلاف الشافعي أصلا فكيف يصلح بيان المصنف في شرحه خلاف الشافعي لان يكون عذرا من ذكره حكم هذه المسئلة في متنه قبل مدة ومن ذكر القدوري اياه في مختصره قبل سنين متكاثرة وهل يتفوه العاقل بمثل ذلك الاعتذار وأما ثانيا فلان خلاف الشافعي ليس بمنحصر في حكم هذه المسئلة المنفردة بالذكر بل خلافه متحقق في حكم تلك الضابطة الكلية على الاطلاق فانه لا يقول بالتأجيل في العمد أصلا بل يخصصه بالخطا كما يفصح عنه تعليله المذكور في الكتاب وتلك الضابطة الكلية انما هي في العمد وحكمها التأجيل مطلقا كما صرح به المصنف بقوله غير أن الاول يجب في ثلاث سنين فقصد بيان خلاف الشافعي لا يقتضي افراد حكم هاتيك المسئلة بالذكر بعد ذكر تلك الضابطة الكلية فلا تمشية للاعتذار المذكور أصلا

وهو معروف فايجاب المال حالا بالقتل يكون زيادة على ما أوجبه الشرع ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا لانه تابع للقدر وقوله (لما روينا) يعني قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا وقوله (عمده) أي عمد كل واحد منهم وقوله (ولهذا تجب الكفارة به) أي بالمال وانما قيد به لانهم أجمعوا على أن التكفير بالصوم لا يجب عليهما وقوله (ويحرم عن الميراث على أصله) أي ثبت هذان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على أصل الشافعي (لانهما يتعلقان بالقتل) فعلم بهذا أنهما مطالبان بموجب القتل فكذلك ههنا لما تخلف عنهما أحد حكمي القتل وهو القصاص ينسحب عليه الحكم الآخر وهو وجوب الدية في ماله اذ الاصل ذلك

(قوله كان حكمه قد علم من الضابطة الكلية لكنه ذكره لبيان خلاف الشافعي) أقول وجوبه في ثلاث سنين لم يعلم منها (قوله فانه زائد على المؤجل من حيث الوصف في المالية) أقول قوله في المالية متعلق بقوله زائد

﴿فصل في الجنين﴾ عقب أحكام الاجزاء الحقيقية أحكام الجزء الحكمي وهو الجنين لكونه في حكم الجزء من الام (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية) غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب وسمي بدل الجنين غرة لان الواجب عبد والعبد يسمى غرة وقيل لان غرة الشئ أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر في باب الدية قال المصنف (معناه) أي معنى قوله نصف عشر الدية (دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) لان نصف العشر من عشرة الاف هو العشر من خمسة آلاف والقياس وهو قول زفر أن لا يجب شئ لانه لم تعلم حياته بيقين وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك فان قيل

الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الانقصان البهيمة ان تمكن

﴿فصل في الجنين﴾ قال (واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية) قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شئ لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

﴿فصل (الجناية) في الجنين﴾ لما ذكر أحكام الجناية المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيان أحكامها المتعلقة بالآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما ذكره شمس الائمة السرخسي في أصوله أن الجنين ما دام مجتنا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معد لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية وباعتبار الوجه الاول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ما ولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فأتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي (قوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم) أقول في هذا التفصيل الذي ذكره بقوله وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة استدراك بعد أن قال قبله معناه دية الرجل لان عشر دية المرأة هو نصف عشر دية الرجل في المقدار بلا ريب اذ قد تقرر فيما مر أن دية المرأة نصف دية الرجل فعشر ديتها نصف عشر ديته لا محالة وقد نص عليه هنا بقوله وكل منهما خمسمائة درهم فما فائدة هذا التفصيل الفارق بين الذكر والانثى في مجرد العبارة وانما كان يظهر فائدته أن لو لم يفسر نصف عشر الدية الواقع في كلام القدوري بقوله معناه دية الرجل فانه كان يحتمل حينئذ نصف عشر دية الرجل ونصف عشر دية المرأة فيفيد التفصيل المذكور وعن هذا فصل صاحب الكافي كما فصله المصنف ولم يتعرض قبله لتقييد عشر الدية بعشر دية الرجل (قوله والقياس أن لا يجب شئ لانه لم يتيقن بحياته) قال في العناية وكثير من الشروح تتميما لما في الكتاب وفعل القتل لا يتصور الا في محل هو حي فلا يجب الضمان بالشك انتهى أقول يرد على هذا البيان أنه انما يتم أن لو ثبت كون الغرة جزاء فعل القتل وهو ممنوع لجواز أن يكون جزاء اتلاف عضو من الآدمي صالح للحياة كما يجب في اتلاف سائر أعضائه شئ من الدية على ما مر تفصيله والاظهر في البيان هنا ما ذكر في غاية البيان ثانيا بقوله ولان الجنين في حكم الاعضاء بدلالة أنه لا يكمل أرشه والاعضاء لو انفصلت بعد الموت لا تتقوم انتهى تدبر (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل فان قيل الظاهر أنه حي أو معد للحياة قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان تمكن اهـ ورد بعض الفضلاء قوله أو معد للحياة في تقرير السؤال حيث قال كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر

﴿فصل في الجنين﴾ (قوله غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب) أقول والعبد والامة الفارهة (قوله وقيل لان غرة الشئ أوله) أقول أول الشئ الذي يجب في الآدمي الغرة وبعدها الدية لانه قبل ايجاب الغرة لحم ودم فلا يجب شئ (قال المصنف قال معناه دية الرجل أي معنى قوله نصف عشر الدية دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة) أقول فيه بحث فان نصف عشر دية الرجل يشمل الذكر والانثى نعم يفرق بينهما في جنين الامة كما لا يخفى ويعلم جوابه من شرح الكنز للعلامة الزيلعي حيث قال ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة وجوابه أنا لا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان أنثى فكذا في جنين الامة يجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان هدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى انتهى (قوله الا في محل هو حي) أقول أي هو حي يقينا (قوله قلنا الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق الخ) أقول كونه معد للحياة متيقن ليس من قبيل الظاهر والظاهر منع وجوب الضمان باعتبار الأعداد كما في العلقة ولذا لم تعتبر الاعداد في قصة زفر ومرادنا ضمان القتل والوجوب على المحرم في كسر بيض الصيد عرف بالاثر على خلاف القياس

(وجه الاستحسان ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ويروى أو خمسمائة فتركنا القياس بالاثر) روى الامام المحبوبي أن زفر سئل عن هذه المسئلة فقال فيه غرة عبد أو أمة فقال السائل ولم والحال لا يخلو من أنه مات بضربة أو لم تنفخ فيه الروح فان مات بضربة تجب دية كاملة وان لم تنفخ فيه الروح لا يجب شئ فسكت زفر فقال له السائل أعتقتك سائبة فجاء زفر الى أبي يوسف فسأله عنه فأجابه أبو يوسف بمثل ما أجاب زفر فحاجه بمثل ما حاجه السائل فقال التعبد التعبد أى ثابت بالسنة من غير أن يدرك بالعقل وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان وقال في الذخيرة قوله وجه القياس كما ذكرنا آنفا ويحتمل أنه رجع من أحدهما الى الآخر والحديث المروى دليل واضح على أن الدية مقدرة بعشرة آلاف درهم قيل وانما بين الشارع القيمة اشارة الى أن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا الامن حيث اعتبار صفة المالية وقوله (اذا كان خمسمائة درهم) قيل قيده به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بأن ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما سيجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة

وجه الاستحسان ما روى أن النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة و روي أو خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي (وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم

انتهى أقول ليس بسديد فان تيقن كونه معد الحياة ممنوع لجواز أن يفسد الماء في الرحم فحينئذ ينتفي استعداده للحياة ولقد أشار اليه في النهاية حيث قال نقلا عن المبسوط ثم الماء في الرحم ما لم يفسد فهو معد للحياة فيجعل كالحي في ايجاب ذلك الضمان باتلافه كما يجعل بيض الصيد في حق المحرم كالصيد في ايجاب الجزاء عليه بكسره انتهى تبصر (قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم) اعلم أن الناظرين في هذا المقام تحيروا في توجيه هذا القيد أعني قوله اذا كانت خمسمائة درهم فقال صاحب النهاية قيد بهذا احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة درهم كذا وجدت بخط شيخي لكن هذا لا يتضح لي لان ما وجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة درهم على ما يجيء الى هنا كلامه وسائر الشراح أيضا ذكروا التوجيه الذي نقله صاحب النهاية عن خط شيخه وردوه بما رده به صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وقوله اذا كانت خمسمائة كأنه سهو القلم وينبغي أن يكون اذ بسكون الذال بلا ألف بعدها يعني أنها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها انتهى وقد نقل صاحب العناية هذا التوجيه ولم يتعرض له برد بعد أن نقل التوجيه الاول مع رده حيث قال قيل قيده به احترازا عن جنين الامة اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة ورد بان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة على ما يجيء وقيل لعله وقع سهوا من الكاتب وكان في الاصل اذ كان خمسمائة تعليلا لكونها على العاقلة انتهى فكأنه ارتضى التوجيه الثاني أقول التوجيه الثاني أيضا مردود عندي اذ لا معنى لتعليل كونها على العاقلة بكونها خمسمائة درهم فانه ينتقض بما يجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة درهم فانه على الضارب كما دونه لا على العاقلة كما صرحوا به آنفا حيث قالوا ان ما وجب في جنين الامة فهو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة مع جريان التعليل المذكور فيه عند بلوغه الى خمسمائة درهم وينتقض بكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة ووجب دية بالغة الى خمسمائة درهم أيضا فيما فوقها فان مثل ذلك كله في مال

(قوله فقال له السائل أعتقتك سائبة) أقول كانوا في الجاهلية اذا أعتقوا على أن لا ولاء للمعتق قالوا أعتقته سائبة او هو من سيب الماء أى جريه وسيب الدابة اهمالها (قوله وهذا دليل على أن قول زفر هو وجه الاستحسان) أقول أي الوجه الثابت بالاستحسان (قوله وقال في الذخيرة قوله وجه القياس) أقول أى الوجه الثابت بالقياس (قوله قيل قيده به احترازا عن جنين الامة) أقول ولعل الاولى أن يقال احترازا عنه فان ما يجب فيه ليس مقدرا بخمسمائة ومعنى قوله اذا كانت خمسمائة اذا كانت مقدرة بها شرعا (قوله اذا كانت قيمته لا تبلغ خمسمائة) أقول قوله لا تبلغ خمسمائة يعني بأن لا يكون من مولاها ولا من المغرور فتأمل (قوله من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة) أقول المضاف مقدر أي بعدم البلوغ ثم أقول عدم بلوغ ما يجب في الجنين الى خمسمائة من الامور المقررة الظاهرة اذا لم تكن من المولى ولا من المغرور فلا حاجة الى التقييد (قوله وكان في الاصل اذ كان خمسمائة) أقول قوله اذ بسكون الذال بلا ألف (قوله لكونها على العاقلة) أقول مقتضى هذا التعليل أن يجب ضمان جنين الامة على العاقلة اذا بلغت قيمته دية الرجل فالمخلص ما ذكرنا من ملاحظة التقدير شرعا

وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا أندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة (وتجب في سنة) وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ماروى عن محمد بن الحسن رحمه الله أنه قال بلغنا أن رسول الله عليه السلام جعله على العاقلة في سنة

القاتل كما مر في الفصل السابق مع جريان التعاليل المذكور فيه أيضا ثم أقول هنا توجيه آخر لم يذكره الشراح وهو أن يكون القيد المذكور للاحتراز عن جنين الامة مطلقا بأن يكون معناه اذا كانت خمسمائة درهم على البتات بتقدير الشرع ذلك القدر المعين وهذا انما يكون في جنين الحرة فان الواجب في جنين الامة نصف عشر قيمته لو كان حيا ان كان ذكرا وعشر قيمته حيا ان كان أنثى من غير تعيين قدر معين من العدد فضلا عن أن تبلغ خمسمائة فحينئذ يحصل المرام من غير كلفة كما ترى (قوله وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء) أقول في تعليله نظر لان مجرد كونه بدل الجزء لا يقتضي كونه في مال الجاني بل لابد من أن يكون البدل أقل من خمسمائة درهم والبدل فيما نحن فيه تمام خمسمائة درهم وقد مر قبيل هذا الفصل أن عمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا ويمكن أن يقال ان مذهب مالك أن لا يجب بدل الجزء على العاقلة فيما اذا كان أقل من ثلث الدية كما صرح به وما نحن فيه كذلك فيكون هذا التعليل من قبيل ذلك ولكنه من باب رد المختلف على المختلف تأمل تقف (قوله ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه) أقول في الاستدلال على أنه بدل النفس بتسمية النبي عليه السلام دية بحث فانه عليه السلام سمى كثيرا من بدل الاعضاء والاجزاء دية ألا ترى الى ما مر في فصل فيما دون النفس أن سعيد بن المسيب رضي الله عنه روى أن النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا كتب لعمرو بن حزم رضي الله عنه وكتب له أيضا وفي العينين الدية وفي احداهما نصف الدية الى غير ذلك فليتأمل في الدفع (قوله الا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة) قال صاحب الغاية قول المصنف هذا يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة وكأنه يقول اذا كانت الغرة أقل من خمسمائة درهم لا تعقله العاقلة ولنا فيه نظر لان في جنين الامة لا وجوب على العاقلة أصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا انتهى أقول نظره ساقط لان قول المصنف الا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة انما يدل على أنها تعقل خمسمائة فصاعدا بطريق مفهوم المخالفة وهو ليس بمعتبر عندنا ولئن سلمنا اعتباره عندنا أيضا في الروايات فمفهوم قوله المذكور أنها تعقل خمسمائة فصاعدا في الجملة لا أنها تعقلها في كل مادة حتى يرد النقض بالواجب في جنين الامة اذا بلغ خمسمائة حيث يكون على الضارب لا على العاقلة وقال صاحب العناية قول المصنف الا أن العواقل لا تعقل مادون خمسمائة جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة وقد علمت ما يرد عليه من النظر انتهى أقول الظاهر أن مراده بما يرد عليه من النظر ما ذكره فيما مر بقوله ورد بأن ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب مطلقا من غير تقييد بالبلوغ الى خمسمائة الا أنك علمت سقوطه أيضا بما بيناه في سقوط نظر صاحب غاية البيان آنفا ثم أقول في تقرير مراد المصنف هنا خلل اذ لا يتم حينئذ السؤال ولا الجواب أما الاول فلان مدلول الحديث المذكور قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنين الحرة على العاقلة وديته تبلغ خمسمائة درهم بالاجماع فمن أين يدل الحديث على أن الدية لو كانت قليلة بحيث لم تبلغ خمسمائة درهم تكون أيضا

أدوا ديته أمر لمخاطب من الودي وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جاريتين لي فضربت احداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لاولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثله دمه يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه الحديث ففيه التنصيص على ايجاب الدية على العاقلة وقوله (الا أن العواقل) جواب عما يقال الحديث يدل على أن الدية على العاقلة قليلة كانت أو كثيرة وأنتم قيدتم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وقد علمت ما يرد عليه من النظر

(قال المصنف حيث قال دوه) أقول يجوز أن يقول تعليلا لقوله قضى الخ أو لقوله سماه دية والثاني أقرب ويستفاد تعليل الاول منه أيضا (قوله أو بمسطح خيمة) أقول أي عود من عيدان الخباء (قوله فقال أخوها أندي من لا صاح ولا استهل) أقول يعني أنودي دية من لم يصح ولم يستهل يعني لم يرفع صوته عند الولادة

وقوله (لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر) هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الاقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان الأكثر صفة لاقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك وقوله (بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها

على من وجب يجب في ثلاث سنين) صورته أن يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطأ فانه يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلاث سنين على ما يجيء في المعاقل وقوله (ويستوي فيه) أي في وجوب قدر الغرة بانه عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم لاطلاق ما رويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة درهم وقوله (ولان في الحيين) دليل معقول على التساوي بين الذكر والانثى في الولدين المنفصلين في الدية لتفاوت معاني الآدمية في المالكية فان الذكر مالك مالا ونكاحا والأنثى مالكة مالا مملوكة نكاحا فكان بينهما تفاوت فيما هو من خصائص الآدمية وهو معدوم في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة وقوله (وان ألقته حيا ثم مات) أول الاقسام الأربعة العقلية الحاصلة من موت أحدهما بعد الضرب وهي أن خروج الجنين من الأم اما أن يكون في حال حياتهما أو في حال مماتهما أو في حال حياة الأم ومماة الجنين أو على العكس والاقسام مع أحكامها مذكورة في الكتاب

ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف أجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلاث سنين (ويستوي فيه الذكر والانثى) لاطلاق ما رويناه ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة (فان ألقته حيا ثم مات ففيه دية كاملة) لانه أتلف حيا بالضرب السابق (وان ألقته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها) وقد صح أنه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة (وان ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين) لانه قاتل شخصين (وان ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية في الام ولا شئ في الجنين) وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا ألقته ميتا وهي حية

على العاقلة حتى يتوجه أن يقال انه ينافي تقييدكم بقولكم اذا كانت خمسمائة درهم وأما الثاني فلان الحديث المذكور لو دل على أن الدية سواء كانت أقل من خمسمائة أو أكثر منها على العاقلة لما صلح مجرد قول المصنف الآن العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة لان يكون معمولا به في مقابلة ذلك الحديث دون بيان نص يشهد بذلك حتى يصلح للجواب عما ذكره كما قرره (قوله ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة) أقول لقائل أن يقول لم لم يعكس الامر أي لم يعمل في حق التأجيل بالشبه الاول وفي حق التوريث بالشبه الثاني وما لم يبين وجه ذلك لا يتم المطلوب ههنا والاظهر في تقرير التعليل ههنا ما ذكر في الكافي أخذا من المبسوط حيث قال ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس مودعة في الام حتى ينفصل عنها حية فالجناية عليه قبل الانفصال تعتبر بالجناية عليه بعد الانفصال فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فلا يثبت من التأجيل الا القدر المتيقن انتهى تدبر تفهم (قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر يجب في سنة) قال صاحب النهاية هذا هو الصحيح من لفظ الكتاب وقوله أكثر بدون الواو بدل من أقل أي اذا كان ذلك الاقل أكثر من نصف العشر وفي بعض النسخ أو أكثر وفي بعضها وأكثر وكلاهما غير صحيح لانه لا يبقى بدلا حينئذ انتهى كلامه وتبعه جماعة من الشراح وقال صاحب العناية قوله لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل أكثر من نصف العشر هو الصحيح من النسخ وفي بعضها أو أكثر وفي بعضها وأكثر قال الشارحون وكلاهما غير صحيح لان المراد أن يكون الاقل من ثلث الدية أكثر من نصف العشر وهو انما يكون اذا كان الأكثر صفة للاقل أو بدلا منه ولعل العطف بالواو يفيد ذلك الى هنا لفظه أقول فيه شئ وهو أن بين قوله ولعل العطف بالواو يفيد ذلك أيضا وبين قوله هو الصحيح من النسخ بقصر الصحة على الاول تدافعا لا يخفى اللهم الا أن يكون مراده قصر الصحة على الاول من الرواية لا من حيث

(قوله وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بمفيد الخ) أقول يعني غاية البيان وأجاب في الكفاية بأنه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا الى سنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها (قوله صورته أن يشترك عشرون رجلا في قتل رجل خطا) أقول فيه أن الاولى أن يقول مثلا اذا اشترك الخ

وقوله (فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بأن الشك ثابت فيما اذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت من الضرب واحتمال انه لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ماذكر في هذا الفصل وأجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام و بسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك لا قياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان قال (ومايجب في الجنين موروث عنه) كلامه واضح وقوله (وفي جنين الامة الخ) يعني جنين الامة اذا كان ذكرا ولم يكن الحمل من المولى

ولا من المغرور نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى وطريق ذلك أن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته و يجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان أنثى وانما قيدنا بكون الحمل من غير المولى والمغرور لانه لو كان منهما لزمت الغرة لكونه حرا فلو ضاع الجنين ووقع النزاع في القيمة فالقول للضارب لانكاره الزيادة وان تعذر الوقوف على ذكورته وأنوثته نأخذ بالمتيقن

ولنا أن موت الام أحد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك قال (ومايجب في الجنين موروث عنه) لانه بدل نفسه فيرثه ورثته (ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل قال (وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى) وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل

سداد المعنى فحينئذ يندفع التدافع وقال صاحب الغاية وقوله أكثر بدون الواو العاطفة في أوله على أنه صفة لقوله أقل أي اذا كان بدل العضو ثلث الدية أو كان أقل من ثلث الدية وكان ذلك الاقل أكثر من نصف عشر الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقييد بالاكثر نظر لانه اذا لم يكن أكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية الى ثلثها يجب في سنة انتهى ونقل صاحب العناية مضمون نظره ولم يتعرض للجواب عنه حيث قال وفي بعض الشروح أن تقييده بالاكثر ليس بمفيد لانه لو كان نصف العشر كان الحكم كذلك انتهى فكأنه ارتضاه وأشار صاحب الكفاية الى الجواب عنه حيث قال بعد تصحيح النسخة الاولى لكن التقريب انما يتأتى أن لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له لانه لما كان أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر مؤجلا بها انتهى أقول فيه نظر اذ لا نسلم أنه اذا كان ما هو أكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فأولى أن يكون نصف العشر أيضا مؤجلا بسنة لجواز أن يكون نصف العشر غير مؤجل أصلا كاقل من نصف العشر أو يكون مؤجلا بأقل من سنة وبذلك لا يتم التقريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن موت الام أحد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك) اعترض عليه بان الشك ثابت فيما اذا ألقت جنينا ميتا لاحتمال أن يكون الموت بالضرب واحتمال أنه لم ينفخ فيه الروح ومع ذلك وجب الضمان وهو أول ماذكر في هذا الفصل وأجيب بأن الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرنا وليس ما نحن فيه في معناه لان فيه الاحتمال من وجه واحد وفيما نحن فيه من وجوه وهي احتمال عدم نفخ الروح والموت بسبب انقطاع الغذاء بسبب موت الام و بسبب تخنيق الرحم وغم البطن فلا يلحق بذلك قياسا ولا دلالة فبقي على أصل القياس وهو عدم وجوب الضمان كذا في العناية أخذا من النهاية وأورد بعض الفضلاء على هذا الجواب

(قال المصنف فلا يجب الضمان بالشك) أقول وفيه أن التسبيب للموت يوجب الضمان أيضا فينبغي أن يجب وجوابه أن ايجاب الغرة ثبت بالحديث على خلاف القياس فان حياته مشكوكة وهذا ليس في معناه حتى يلحق به لكثرة الاحتمالات هناد ونه هكذا قيل ولك أن تقول قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة عام فلا بد للتخصيص من دليل فليتأمل هل يمكن التخصيص بالمباشرة بان يقال المراد في قتل الجنين على حذف المضاف والقتل انما يستند حقيقة الى المباشرة (قوله وأجيب بان الغرة في تلك الصورة ثبتت بالنص على خلاف القياس كما ذكرناه الخ) أقول لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق (قال المصنف وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته) أقول قال الكاكي أي اذا كانت حاملا من زوجها لا من مولاها ليكون الولد رقيقا ولا من مغرور لانه لو كان الحمل من مولاها أو من المغرور تجب الغرة ذكرا كان أو أنثى انتهى فلو قال المصنف وفي الجنين المملوك لكان أولى لعدم الاحتياج الى هذا التقييد

ولنا

قوله (لان ضمان الطرف لايجب الا عند ظهور النقصان) يعنى فى الاصل ألا ترى أنه اذا قلع السن فنبتت مكانه أخرى لم يجب شئ وههنا بدل الجنين واجب وان لم يظهر فى الام نقصان فدل على أن وجوبه باعتبار معنى النفسية لا الجزئية (فيقدر بها) أى بقيمة نفس الجنين لا بقيمة الام قوله (وقال أبو يوسف) هذا غير ظاهر الرواية عن أبى يوسف قال فى المبسوط ثم وجوب البدل فى جنين الامة قول أبى حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول أبى يوسف وعنه فى رواية انه لايجب الا نقصان الام ان تمكن فيها نقص وان لم يتمكن لايجب شئ كما فى جنين البهيمة وقوله (فنظرنا الى حالتى السبب والتلف) يعنى أوجبنا القيمة اعتبارا بحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا لامشكوكا فى حياته اعتبارا بحالة التلف لايقال هذا اعتبار بحالة الضرب فقط اذ الواجب فى تلك الحالة أيضا قيمته حيا لجواز أن لايكون حيا فلا تجب قيمته حيا هنالك بل تجب الغرة وقوله (ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب) يعنى تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب ألف درهم وقيمته مضروبا ثمانمائة يجب على الضارب مائتا درهم وقوله (على ما نذكر بيانه بعد هذا) يعنى فى جناية المملوك والجناية عليه فى مسئلة من قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك وقوله (وقد عرفت فى النفوس المطلقة) أى الكاملة بالنص فلا يتعداها الى غير المطلقة وهو الجنين لان القياس لا يجرى فى العقوبات وليس غير المطلقة نظير المطلقة حتى يلحق بها دلالة ألاترى أنه لايجب كل البدل والباقى ظاهر لايحتاج الى شرح

ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لايجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به فى ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر ان شاء الله تعالى فصح الاعتبار على أصله قال (فان ضربت فأعتق المولى ما فى بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لانه قتله بالضرب السابق وقد كان فى حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لانه بالضرب صار قاتلا اياه وهو حى فنظرنا الى حالتى السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما يأتيك بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا كفارة فى الجنين) وعند الشافعى تجب لانه نفس من وجه فتجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت فى النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا أن يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان أفضل له و يستغفر مما صنع (والجنين الذى قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام فى جميع هذه الاحكام) لاطلاق ما روينا ولانه ولد فى حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا فى حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله أعلم

حيث قال لقائل أن يقول النص وهو قوله عليه السلام فى الجنين غرة يشمله فلا حاجة الى الالحاق انتهى أقول هذا أمر عجيب من مثله فان مضمون ايراده مع جوابه مذكور فى شرح تاج الشريعة فان كان جوابه المذكور هنالك مقبولا عند هذا القائل فما معنى ذكر السؤال وترك الجواب وان لم يكن ذلك الجواب مقبولا عنده كان عليه بيان فساده فكأنه لم ينظر الى ما فى شرح تاج الشريعة هنا ولم يظفر بجواب ايراده أصلا والذى ذكر فى شرح تاج الشريعة هنا هكذا فان قلت عموم قوله عليه السلام فى الجنين غرة عبد أو أمة يتناول المتنازع فيه قلت لابد من اضمار فيصير كأنه قال فى اتلاف الجنين غرة والشك واقع فى ذلك انتهى تأمل فى تفصيل جوابه لعله سمت صالح (قوله ولنا أنه بدل نفسه لان ضمان الطرف لايجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به فى ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها) أقول لقائل أن يقول ان أراد أنه بدل نفسه من كل الوجوه كما هو الظاهر من سياق تعليله يكون ما ذكره هنا مناقضا لما قاله فيما قبل من انه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام وان أراد أنه بدل نفسه من وجه لايكون هذا دليلا على مدعانا دافعا لما قاله الشافعى من أنه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل فليتأمل

(قوله لجواز أن لايكون حيا فلا تجب قيمته حيا هنالك بل تجب الغرة) أقول فيه أن الدفع أسهل من الرفع فيبعد أن لايكون حيا وقت الضرب ثم لايكون الضرب مانعا من حدوث الحياة ويكون بعد حدوثه رافعا له فليتأمل (قال المصنف ولان بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا) أقول منقوض بالمضغة الا أن يراد التمييز التام الكامل

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة ذكر أحكامه تسبيبا والاول أولى بالتقديم اما لانه قتل بلا واسطة واما لكثرة وقوعه قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفا الخ) الكنيف المستراح والميزاب معروف والجرصن قيل هو البرج وقال فخر الاسلام جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبنى عليه والعرض بالضم الناحية قيل المراد به هنا أبعد الناس منزلة أى أضعفهم وأرذلهم وجملة الكلام فى هذه المسئلة فى ثلاثة أشياء فى اباحة العمل وفى الخصومة وفى ضمان ما يتلف به والمدوءبه فى الكتاب الخصومة وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع الاعلى قول محمد فان فيه خلافا بين العلماء قال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه وبه قال أبو يوسف وقال محمد ليس لاحد حق (٣٣٠) المنع اذا لم يكن فيه ضرر لانه مأذون فى احداثه شرعا فهو كما لو أذن له الامام وأما الخصومة فى الرفع فالمذكور فى الكتاب قول أبى حنيفة وقالا ليس لاحد ذلك أما على قول محمد فظاهر لانه جعله كالمأذون من الامام فلا يرفعه أحد وأما أبو يوسف فانه يقول كان قبل الوضع لكل أحد يد فيه فالذى يحدث يريد أن يجعلها فى يد نفسه خاصة فأما بعد الوضع فقد صار فى يده فالذى يخاصمه يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فهو متعنت وأما وجه قول أبى حنيفة فهو المذكور فى الكتاب وقوله (ويسع للذى عمله) بيان الاباحة وهو ظاهر وقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام أى لا ابتداء ولا جزاء يعنى متعديا عن مقدار حقه فى الاقتصاص لان الاضرار بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك وهذا الكلام فيما اذا كان الدرب نافذا وأما اذا كان غير نافذ فقوله وكذلك وليس لاحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ بيان لذلك والدرب الباب الواسع على السكة والمراد به السكة ههنا وقوله (لانها مملوكة لهم) يعنى فى الغالب قال فخر الاسلام المراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد تنفذ وهى مملوكة وقد يسد منفذها وهى للعامة لكن ذلك دليل على الملك غالبا فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه وقوله (على كل حال) أى سواء كانوا متلازقين أو لم يكونوا وقوله (واذا أشرع فى الطريق روشنا) وهو الممر على العلو بيان لوجوب الضمان

﴿باب ما يحدث الرجل فى الطريق﴾

قال (ومن أخرج الى الطريق الاعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينزعه) لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما فى الملك المشترك فان لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيأ فكذا فى الحق المشترك قال (ويسع للذى عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين) لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق ما فى معناه به اذ المانع متعنت فاذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام قال (وليس لاحد من أهل الدرب الذى ليس بنافذ أن يشرع كنيفا أو ميزابا الا باذنهم) لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر الا باذنهم وفى الطريق النافذ له التصرف الا اذا أضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل فى حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كى لا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقى على الشركة حقيقة وحكما قال (واذا أشرع فى الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته) لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الاصل

﴿باب ما يحدث الرجل فى الطريق﴾

لما فرغ من بيان أحكام القتل مباشرة شرع فى بيان أحكامه تسبيبا وقدم الاول لكونه أصلا لانه قتل بلا واسطة ولكونه أكثر وقوعا فكانت أمس حاجة الى معرفة أحكامه (قوله ويسع للذى عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فليلحق به ما فى معناه اذ المانع متعنت) أقول هذا المقام محل الكلام فان المدعى هنا وهو اباحة الانتفاع بالامور المذكورة آنفا للذى عملها ما لم يضر بالمسلمين مسئلة متفق عليها بين الائمة ودليله المذكور فى الكتاب لا يتمشى الا على أصل محمد أما أولا فلان قوله فليلحق به ما هو فى معناه ليس بتام على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله اذ قد صرح فى الشروح وعامة المعتبرات أن أصلهما أن لكل أحد من عرض الناس مسلما كان أو ذميا

﴿باب ما يحدث الرجل فى الطريق﴾

(قوله وتعرض للنزع ولم يتعرض للمنع) أقول يعنى ان الخصومة تارة تكون للنزع وتارة للمنع فالمصنف تعرض للاول دون الثانى (قوله بيان الاباحة وهو ظاهر) أقول فانه اذا وسعه الانتفاع به وسعه احداثه أيضا (قال المصنف واذا أشرع فى الطريق روشنا) اقول الروشن هو الرف عن الأزهرى وعن القاضى الصدر الممر على العلو وهو مثل الرف كذا فى المغرب وفى القاموس الروشن الكوة

وقوله (مماذكرنافى أول الباب) يعنى الكنيف والميزاب والجرصن وقوله (فالضمان على الذى أحدثه فيهما) يعنى ضمانهما على المحدث ولاضمان على الذى عثر به لانه مدفوع فى هذه الحالة والمدفوع كالآلة (وقوله وان سقط الميزاب الخ) هذه المسئلة على أربعة أوجه لانه اما أن أصابه الطرف الداخل أو الخارج أو أصاباه جميعا وعلم بذلك أولم يعلم أى الطرفين أصابه والجملة مذكورة فى الكتاب بوجوهها وقوله (لانه ليس بقاتل حقيقة) يعنى أن الكفارة وحرمان الارث انما يجبان بالقتل حقيقة وهذا ليس بقتل حقيقة والالساوى الملك غيره كما فى الرمى قيل ان كان قتلا حقيقة فالقياس شمول الوجوب فى الضمان والكفارة والحرمان وان لم يكن فالقياس عدمه فيهما والجواب أن الضمان يعتمد الاتلاف بطريق صيانة التعدى للدماء عن الهدر وقد تحقق باحداثه فى الطريق ماليس له ذلك وأما الكفارة والحرمان فيعتمدان القتل عمدا أوخطأ ولم يوجد شئ منهما وقوله (اعتبار اللاحوال) يعنى بعلم بيقين انه قتيل الجراحة ولا يعلم أنه بأى الطرفين كان فان كان بالطرف الداخل فلاضمان وان كان بالخارج فعليه الضمان فيجعل كانه حصل بالطرفين وقوله (ولوأشرع جناحا) ظاهر وقيل المشترى متعد أيضا بترك الرفع مع امكانه شرعا وأجيب بان سبب ضمان القتل اما المباشرة أو التسبيب ولم يوجد منه ذلك فصار كمن تمكن من رفع حجر عن الطريق ولم يفعل حتى عطب به انسان فانه لاضمان لانه ليس بمباشر ولا متسبب واستشكل أيضا بالحائط المائل اذا تقدم انسان الى صاحبه بالنقض فلم ينقض حتى باع الدار من غيره ثم أصاب انسانا فانه لاضمان على البائع وان كان جانيا بترك النقض بعد التقدم اليه والجواب أن صيرورة صاحب الحائط ضامنا بالتقدم اليه باعتبار ملكه وقد زال بالبيع وصيرورة مخرج الجناح بشغل هواء طريق المسلمين تعديا ولم يزل بالبيع وقوله (ولوحركته) أى الجمر قيل فيه تلويح الى أن الريح ان هبت بشررها فاحرقت شيأ وجب الضمان لان التعدى كان بوضع الجمر وهو باق فى مكانه واليه ذهب بعض أصحابنا وقوله (وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه) هو اختيار شمس الائمة السرخسى والاول أعنى الاطلاق فى عدم الضمان اختيار شمس الائمة الحلوانى وقوله (وقد أفضى اليها) أى الى عاقبته وهو الحرق بواسطة الريح

وكذلك اذا سقط شئ مماذكرنا فى أول الباب (وكذا اذا تعثر بنقضه انسان أو عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذى أحدثه فيهما) لانه يصير كالدافع اياه عليه (وان سقط الميزاب نظر فان أصاب ما كان منه فى الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه) لانه غير متعد فيه لما انه وضعه فى ملكه (وان أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذى وضعه فيه) لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه أن يركبه فى الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم أى طرف أصابه يضمن النصف) اعتبار اللاحوال (ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة فى الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشترى حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع) لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب (ولو وضع فى الطريق جمرا فأحرق شيأ يضمنه) لانه متعد فيه (ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم أحرق شيأ لا يضمنه) لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها فجعل كمباشرته

أن يمنع العامل من الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا أراد الوضع بغير اذن الامام لان فيه الافتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره فلكل أحد أن ينكر عليه فظهر منه أن عمل ذلك والانتفاع به يشتمل على أمر منكر على أصلهما وهو الافتيات على رأى الامام فيما اليه تدبيره وان لم يضر بالمسلمين فلم يتصور عندهما أن يكون ذلك فى معنى المرور الذى لا يشتمل على أمر منكر أصلا حتى يصح الحاق ذلك به وأما ثانيا فلان قوله اذا المانع متعنت ليس بتام أيضا على أصلهما قطعا اذ لو صح عندهما كون المانع متعنتا لما ذهبا الى جواز منعه شرعا وقد عرفت كون مذهبهما ذلك ودليلهما الذى أقاما عليه فتبصر (قوله وكذلك اذا سقط شئ مماذكرنا فى أول الباب) قال الشراح يعنى الكنيف والميزاب والجرصن أقول لعل قول المصنف هذا مستدرك لان ما مر آنفا من لفظ مختصر القدورى وهو قوله واذا أشرع فى الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته كان متناولا لجميع ماذكر فى أول الباب أما الميزاب فصراحة كما ترى وأما الغير ذلك فبعموم قوله أو نحوه فلا حاجة الى ماذكره المصنف هنا بل لا وجه للفظ وكذلك سيما بالنظر الى الميزاب تأمل (قوله وكذا اذا تعثر بنقضه انسان أو عطبت به دابة) أقول فيه نوع تساهل لان جواب المسئلة السابقة وجوب الدية على العاقلة وفيما اذا عطبت به دابة يجب ضمانها فى ماله صرح به فى الكافى وغيره وكلمة كذا تقتضى الاشتراك فى الجواب وهو غير متحقق فى قوله أو عطبت به دابة اللهم الا أن يكون المراد بكلمة كذا هنا هو التشبيه والتشريك فى مجرد وجوب الضمان لا فى وجوبه على الوجه الخاص المذكور فيما سبق فيعم قوله اذا تعثر بنقضه

(قوله يعنى يعلم بيقين أنه قتيل الجراحة) أقول الظاهر أن يقول قتيل الميزاب

قوله (ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل وهو على وجوه ان قال المخرج للفعلة أخرجوا جناحا على فناء دارى فان لى حق ذلك ولم يعلم الفعلة غير ما قال ففعلوا فسقط وأصاب شيأ قبل الفراغ من العمل أو بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا لانه وجب بأمره فلهم أن يرجعوا به عليه كما لو استأجره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع به الذابح على الآمر وان قال أشرعوا جناحا على فناء دارى وأخبرهم أن لا حق له فى ذلك أو لم يخبرهم ففعلوا فسقط وأتلف شيأ قبل الفراغ من العمل فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الآمر (٣٣٢) قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ منه فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وفى الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث انه فناء مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهارها قبل الفراغ لان أمر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل

(ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم) لان التلف بفعلهم (وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار) وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل فى عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم (وان سقط بعد فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا)

انسان وقوله أو عطبت به دابة لكنه خلاف الظاهر من العبارة فهو عين التساهل (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل انسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم الخ) قال شيخ الاسلام هو على وجوه ان قال مخرج الجناح للاجراء ابنوا جناحا لى على فناء دارى فانه ملكى أولى حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم العملة بخلاف ما قاله ففعلوا ثم سقط فأصاب شيأ فالضمان عليهم ويرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لما أن الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر لانه غره كذا هذا وان قال المستأجر للاجراء أشرعوا الى جناحا على فناء دارى وأخبرهم أنه ليس له حق اشراع الجناح أو لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بأمره ثم سقط فأتلف شيأ ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء ولم يرجعوا قياسا واستحسانا وان سقط بعد فراغهم من العمل فكذلك على جواب القياس لانه أمرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر ليذبح شاة جاره له فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم ليبنوا بابا فى وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيأ لم يرجعوا به على الآمر وفى الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة ولكنه غير صحيح من حيث انه غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان أمر الآمر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل كذا ذكر جمهور الشراح هنا أقول هذه الوجوه فى هذه المسئلة بهذا التفصيل والبيان وان كان مما قاله شيخ الاسلام وارتضاه جمهور الشراح لكنه مشكل عندى من وجوه الاول انهم قالوا فى تعليل جواب القياس فى الوجه الثانى والثالث من الوجوه التى ذكروها لانه أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد الامر وهو انما يتم فيما اذا أخبرهم بأن ليس له حق فى ذلك لا فيما اذا لم يخبرهم بذلك اذ لا علم لهم بفساد الامر فى هذه الصورة وقد دسوها فى وضع المسئلة فى الوجه الثانى والثالث حيث قالوا وأخبرهم أنه ليس له حق اشراع الجناح من القديم

(قوله وهو على وجوه ان قال المخرج الى آخر قوله وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل) أقول لا يقال فرق ما بين ما ذكر فى الكتاب وهذا المنقول فان ما فى الكتاب لانه محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الأمر فى وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا اشبه بذبح الشاة وسيجىء من الشارح أيضا بعد (قال المصنف حتى وجب عليهم الكفارة) أقول قال الزيلعى بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبيب وهنا مباشرة انتهى فتأمل فى الفرق بين هذه المسئلة وما تقدم

لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الأجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعل بنفسه فلهذا يضمنه (وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان أو دابة وكذا اذا رش الماء أو توضأ) لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة (بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد أو وضع متاعه) لان لكل واحد أن يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة أما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر أنه لا يزلق به عادة لا يضمن

أو لم يخبرهم والثاني أنهم قالوا في بيان وجه الاستحسان في الوجه الثالث أن أمره غير صحيح من حيث ان فناء داره غير مملوك له حيث لا يجوز له بيعه وجعلوا الضمان من هذه الحيثية على العامل قبل الفراغ من العمل مع أن مدخلية هذه الحيثية في فساد أمره فيما نحن فيه غير ظاهرة لانه لم يأمرهم ببيعه ولم يفعلوا ذلك حتى يفسد أمره بذلك لكونه غير مملوك له من هذه الحيثية ويجب الضمان على الفعلة قبل الفراغ من العمل بل أمرهم بالانتفاع بذلك باشراع الجناح اليه وفعلوا ذلك ولا شك أنه مملوك له من حيث الانتفاع به كما صرحوا به فكيف يفسد أمره من هذه الحيثية حتى يجب الضمان عليهم قبل الفراغ من العمل بناء على فساد الامر والثالث أنهم قالوا في الوجه الاول الضمان على الاجراء ويرجعون به على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده وقالوا في الوجه الثالث وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر والظاهر منه أن يكون الضمان في الوجه الثالث في جواب الاستحسان على الآمر ابتداء مع أن الفقه يقتضي أولوية كون الضمان في الوجه الاول أيضا اذا كان السقوط بعد فراغهم من العمل على الآمر ابتداء لان الفعلة كانوا فيه مغرورين بقول الآمر انه ملكي أو لي حق ذلك الفعل من القديم بخلاف الوجه الثالث في الغرور ومع الاشتراك بينهما في سائر الامور كما ترى ثم أقول تقرير المصنف هذه المسئلة وتعليلها لا يوافق ما ذكره الشراح هنا من التفصيل المنقول عن شيخ الاسلام بل يأباه جدا فان المصنف جعل المسئلة على وجهين أحدهما السقوط قبل فراغهم من العمل والآخر السقوط بعد فراغهم منه وجعل حكم أحدهما مخالفا لحكم الآخر مطلقا وقال في تعليل الاول ان التلف كان بفعلهم وان فعلهم انقلب قتلا حتى وجب عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم الى رب الدار فاقتصر عليهم ولا يخفى أن هذا التعليل يقتضي أن يكون الضمان عليهم وأن لا يرجعوا به على الآمر في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل مطلقا أي في الوجه الاول أيضا من الوجوه التي ذكرها الشراح نقلا عن شيخ الاسلام وهو ما اذا أخبرهم الآمر بأن له حقا في ذلك لان فعلهم لما انقلب قتلا وصار غير داخل في عقد الآمر ولم يتسلم اليه بل اقتصر عليهم كان اخباره لهم بأن له حقا في ذلك وعدم اخباره لهم بذلك سيين قطعا ويقتضي أن لا يتم في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل التعليل الذي ذكروه لرجوعهم بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا في الوجه الاول من الوجوه التي ذكروها سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده بقولهم لان الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليهم فان فعلهم لما انقلب قتلا في صورة السقوط قبل فراغهم من العمل صار مخالفا لامر الآمر خارجا عن عقده فلم يكن بأمر الامر فما كان وجوب الضمان عليهم بأمره بل كان بفعل أنفسهم ويقتضي أيضا أن لا يتم تنظيرهم الوجه الاول بما لو استأجر غيره ليذبح شاة له ثم استحقت بعد الذبح فللمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل فان فعل الذابح هنالك لم ينقلب ما هو خارج عن العقد بل وقع على ما هو الداخل في العقد فاذا ضمن الذابح كان له حق الرجوع على الآمر بحكم التغرير بخلاف ما نحن فيه في صورة السقوط قبل الفراغ من العمل كما عرفت آنفا ثم ان بعض الفضلاء قال هنا لا يقال فرق بين

وقوله (لانه صح الاستئجار) يعني بالنظر الى أن له أن ينتفع بفناء داره فبالنظر الى هذا كان أمره معتبرا ووقع فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكأنه فعله بنفسه ولو فعله بنفسه يقيد بشرط السلامة لكونه غير مملوك له فكذا اذا أمر به وقوله (بخلاف ما اذا فعل ذلك) يعني الصب والرش والوضوء وقوله (كما في الدار المشتركة) يعني أن له أن يفعل فيها ما هو من ضرورات السكنى وهو اعتبار لحق الملك بحقيقته

(ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور لا أثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في أخذها جميعه أو بعضه (ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا استأجر أجيرا يبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا ولو كان أمره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير) لفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلفت به بهيمة فضمانها في ماله) لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير أن العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما أحدث شيأ فيه انما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع

ما ذكر في الكتاب وهذا المنقول فان ما ذكر في الكتاب محمله المباشرة ولهذا تجب الكفارة فلا فرق بين علم العملة وعدم علمهم بفساد الامر في وجوب الضمان قبل الفراغ ولا تتصور المباشرة بعده فيكون بالتسبيب لانا نقول اشراع الجناح مطلقا مباشرة فلهذا شبه بذبح الشاة وسيجيء من الشارح أيضا يعني صاحب العناية أقول جوابه ليس بسديد اذ لم يقل أحد بان اشراع الجناح مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ من العمل كيف ولو كان مباشرة له بعده فلا يخلو من أن يكون مباشرة من الفعلة أو من الآمر فلو كان مباشرة من الفعلة لوجب عليهم الضمان والكفارة قطعا كما في السقوط قبل الفراغ ولم يجب عليهم بعده شيء منهما بل وجب الضمان على الآمر وهو رب الدار استحسانا كما ذكر في الكتاب ولو كان مباشرة من الآمر لوجب عليه الكفارة لا محالة ولم يقل به أحد والتشبيه بذبح الشاة انما وقع في صورة السقوط قبل الفراغ لا في صورة السقوط بعده والذي سيجيء من الشارح أيضا لا بد وأن يحمل على كون اشراع الجناح مباشرة في الصورة الاولى لا في الصورة الثانية وأما كون اشراع الجناح مباشرة مطلقا فعل ما وان لم يكن مباشرة للقتل في صورة السقوط بعد الفراغ فبمعزل عما فيه الكلام وغير مفيد في دفع السؤال الذي ذكره كما لا يخفى (قوله ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش) أقول في تحرير المصنف هنا شيء وهو أن الظاهر من قوله فيما مر آنفا وكذا اذا رش الماء بعد قوله وكذا اذا صب الماء أن مسئلة رش الماء تغاير مسئلة صب الماء وقد ذكر هنا الصب في أصل المسئلة حيث قال ولو تعمد المرور في موضع صب الماء وذكر الرش في جوابها حيث قال لا يضمن الراش فلم يطابق جواب المسئلة وضع المسئلة ويمكن أن يعتذر عنه بأنه انما فعل هكذا ايماء الى اتحاد مسئلتي الصب والرش في هذا الحكم مع الاعتماد الى العلم بمغايرتهما بما ذكره من قبل (قوله واذا استأجر أجيرا يبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا) قال في العناية لم يتعرض المصنف بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الآمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب انه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر انتهى أقول ما ذكره الامام المحبوبي في جامعه وان دل على أن الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أن الفناء للمستأجر الا أنه يدل باطلاقه على أن الجواب في موت انسان فيه بعد فراغ الاجير من العمل وقبله سواء والذي ذكر في الكتاب مقيد بكون موته بعد تعقله به بعد

وقوله (لانه صاحب علة) والعلة اذا صلحت لاضافة الحكم اليها بطل غيرها وقوله (في فناء حانوته) قيل الفناء سعة أمام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها وقيل ما أعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وقوله (فتعقل) أي تشبث وتعلق بالبناء وقوله (يجب الضمان على الآمر) لم يتعرض بان ذلك اذا علم الاجير أن الفناء لغير الآمر أو اذا لم يعلم وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي ما يدل على أن هذا الجواب الذي ذكره في الكتاب فيما اذا كان الاجير يحسب أنه للمستأجر حيث قال وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا في الفناء فحفر ومات فيه انسان أو دابة والفناء لغيره فان كان الاجير عالما به فالضمان على الاجير وان لم يعلم الاجير أن الفناء للغير فالضمان على المستأجر لان الاجير لم يعلم بفساد الامر قال (ومن حفر بئرا في طريق المسلمين) كلامه واضح

والبالوعة نقب فى وسط البيت وكذلك البالوعة وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام والافتيات الاستبداد بالرأى افتعال من الفوت وهو السبق وقوله (وكذا الجواب على هذا التفصيل) يعنى انه لوفعله بامر من له

الكناسة فى الطريق وتعقل بها انسان كان ضامنا التعديه بشغله (ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذى نحاه) لان حكم فعله قد انتسخ لفراغ ماشغله وانما اشتغل بالفعل الثانى موضع آخر (وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق فان أمره السلطان بذلك أوأجبره عليه لم يضمن) لانه غير متعد حيث فعل مافعل بأمر من له الولاية فى حقوق العامة (وان كان بغير أمره فهو متعد) اما بالتصرف فى حق غيره أو بالافتيات على رأى الامام أوهو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع مافعل فى طريق العامة مماذكرناه وغيره لان المعنى لايختلف (وكذا ان حفره فى ملكه لايضمن) لانه غير متعد (وكذا اذا حفره فى فناء داره) لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه

فراغ الاجير ولم يتعرض له الشارح أيضا فتبصر (قوله وفى الجامع الصغير فى البالوعة يحفرها الرجل فى الطريق فان أمره السلطان بذلك أوأجبره عليه لم يضمن) قال بعض الفضلاء الامر من السلطان اكراه فقوله أوأجبره كالعطف التفسيرى اه أقول ليس هذا بسديد لان كون مجرد الأمر من السلطان اكراها ليس بقول مختار سيما عند محمد رحمه الله كمانص عليه فى السير الكبير حيث قال ان مجرد أمر الامام ليس باكراه فجاز أن يكون قوله فى الجامع الصغير أوأجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك مبنيا على ذلك ولئن سلم أن كونه اكراها قول مختار فالظاهر أن الامر هنا كناية عن الاذن لاستلزام الامر الاذن وعطف أجبر عليه قرينة على ذلك وعن هذا قال فى غاية البيان فى تعليل هذه المسئلة وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن مافعله باذن الامام وقال فى العناية وذكر رواية الجامع الصغير لاشتمالها على بيان اذن الامام انتهى ولاشك أن مجرد اذن السلطان فيما نحن فيه يدفع الضمان عن الفاعل صرح به فى عامة المعتبرات فيكون قوله أوأجبره عليه مسئلة أخرى لامحالة وأما كون قوله أوأجبره عليه عطفا تفسيريا فمما لاوجه له لان العطف التفسيرى لم يسمع فى كلمة أو ومعناها أيضا لايساعد ذلك وانما شاع ذلك فى كلمة الواو لمساعدة معناها اياه ولكن بقى لنا شئ فى قول محمد أوأجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك وهو أنه اذا علم عدم ضمان الفاعل فيما اذا أمره السلطان بما فعله يعلم عدم ضمانه قطعا فيما اذا أجبره عليه فما فائدة ذكر قوله أوأجبره عليه بعد قوله فان أمره السلطان بذلك نعم لوقال فان أجبره السلطان على ذلك أوأمره به لكان له حسن لكون الثانى من قبيل الترقى تأمل تفهم (قوله وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع مافعل فى طريق العامة مماذكرناه وغيره) قال عامة الشراح أراد بقوله مماذكرناه ماذكره من أول الباب الى ههنا من اخراج الكنيف أو الميزاب أو الجرصن الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن وحفر البئر وزاد صاحب الغاية ووضع الحجر وقالوا أراد بقوله وغيره غير ماذكر فى الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع أقول ومماذكره من أول الباب الى ههنا صب الماء فى الطريق وكذا رش الماء أو التوضى فيه وكذا وضع الخشبة فيه ولم يذكر أحد من الشراح شيأ من ذلك مع التزامهم البيان والتفصيل حتى ذكروا جميع ماوقع فى الباب قبل ماتركوه ومابعده وان زعموا أن الجواب فيماتركوه خلاف الجواب فيماذكروه كان عليهم البيان والنقل ثم انهم جعلوا بناء الظلة من غير ماذكر فى الكتاب مع انه قد ذكر فى الكتاب حيث قال ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع وقتل انسانا الخ ويمكن أن يعتذر عن الثانى بأن الكلام ههنا فيما فعل فى طريق العامة وقد جعل الشراح مسئلة استئجار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة المذكورة فى الكتاب فيما مر على مافعل فى فناء الدار لا فى طريق العامة فلم يجعلوها مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذى عدوه من غير ماذكر فى

الولاية فى الامر لم يضمنه ولو فعل بنفسه من غير أمر أحد ضمنه وقوله (مما ذكرناه) يعنى من أول الباب الى هنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن وبناء الدكان واشراع الروشن وحفر البئر وقوله (وغيره) يعنى مالم يذكره فى الكتاب كبناء الظلة وغرس الشجر ورمى الثلج والجلوس للبيع وقوله (وكذلك ان حفره فى ملكه لايضمن) يعنى كما اذا أمره الامام فحفر فى طريق المسلمين لم يضمن ماتلف به كذلك اذا حفره فى ملكه وان لم يأذن له الامام وقوله (وكذلك اذا حفره فى فناء داره) يعنى وان لم يكن الفناء ملكه وقيل جازله ذلك اذا كان الفناء مملوكا له أوكان له حق الحفر بأن لايضر لأحد أوأذن له الامام أمااذالم يكن كذلك فانه يضمن

(قوله والبالوعة نقب فى وسط البيت وكذلك البالوعة) أقول وهذا المعنى لايلائم المقام (قال المصنف فان أمره السلطان بذلك أو أجبره عليه لايضمن) أقول الأمر من السلطان اكراه فقوله أوأجبره كالعطف التفسيرى واذا أذن ولم يأمر ينبغى أن لايكون متعديا اذلا افتيات

وقوله (هذا) يعني هذا الجواب وهو أن يضمن اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أو كان مشتركا اذا كان في سكة غير نافذة صحيح وقوله (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما) أى انخنافا بالعفونة قال في الصحاح يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة الحر وكلامه واضح ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة انه مرجوح على عادة من يؤخر الراجح فان الفقه معه ألا ترى أنه لو حبس رجلا في بئر حتى مات غما فانه لا ضمان عليه بخلاف

ما لو مات فيه من الوقوع لان أثر فعله وهو العمق أثر في نفس الواقع فلا بد من أثر الوقوع لوجوب الضمان وقوله (وان استأجر أجراء يحفروها له في غير فنائه) يعني بان كان الفناء للغير أو طريقا للعامة لكنه غير مشهور فاما أن يعلموا أنها في غير فنائه أولا فان كان الثاني فالضمان على المستأجر ولا شئ على الاجراء لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا ذلك وذلك يكفي لنقل الفعل الى الآمر لانه لو توقف على صحة الأمر حقيقة تضرر الاجراء فامتنعوا عن العمل مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة الى ذلك فنقل فعلهم اليه وهذا دليل كون الضمان على المستأجر وقوله (لانهم كانوا مغرورين) دليل قوله ولا شئ على الاجراء وصار هذا الامر في صحته ظاهرا وكون المأمور مغرورا كالآمر بذبح شاة ظهر فيها استحقاق الغير الا أن هنالك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لكونه مباشرا وكون الآمر مسببا والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير

وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له أو كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح (ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه جوعا أو غما لا ضمان على الحافر) عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع أما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه قال (وان استأجر أجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر ولا شئ على الاجراء ان لم يعلموا أنها في غير فنائه) لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين فصار كما اذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره الا أن هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير

الكتاب بناءها في طريق العامة أو انهم حملوا المراد بما فعل في طريق العامة في قوله في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره على ما فعله الانسان بنفسه دون ما استأجر الغير لفعله فلم يعدوا ما استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الظلة مما نحن فيه هنا وأرادوا ببناء الظلة الذي عدوه من غير ما ذكر في الكتاب بناءه بنفسه لكن الظاهر أن الجواب على التفصيل المذكور وهو أنه لو فعله بأمر السلطان لم يضمن ولو فعله بغير أمره ضمن متمش فيما فعل في فناء الدار أيضا وفيما فعل باستئجار الغير لفعله أيضا فلا فائدة في التخصيص بل لا وجه له تفكر (قوله وكذا اذا حفره في فناء داره) يعني وان لم يكن الفناء ملكه كذا في العناية وغيرها أقول يرد عليه أنه ينافي ما ذكر فيما مر من المسئلة المقررة المجمع عليها وهو قوله واذا استأجر أجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر استحسانا فتأمل (قوله وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر فيه) قال جمهور الشراح في تفسير قوله أو كان له حق الحفر فيه بأن كان لا يضر بأحد أو أذن له الامام في ذلك أقول في كل من وجهي تفسيرهم خلل أما في الأول فلأن قول المصنف أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا كالآبي اباه جدا فان عدم الضرر لاحد قد يتحقق في صورة كونه لجماعة المسلمين أو مشتركا أيضا وقد جعل الحكم فيها خلاف ما اذا كان له حق الحفر فيه وأما في الثاني فلانه اذا أذن له الامام يجوز له التصرف في طريق العامة أيضا فلا يضمن ما عطب فيه كما مر آنفا ولا شك أن مراد المصنف بقوله بعد بيان ذلك وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن وكذلك اذا حفره في فناء داره هو أن الحافر لا يضمن في هاتين الصورتين بدون اذن الامام أيضا وعن هذا قال الشراح في شرح قوله وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما اذا أذن له بحفره في طريق المسلمين لم يضمن كذلك ان حفره في ملكه بلا اذن الامام لم يضمن فلا معنى لحمل ما قيل في مسئلة الحفر في فناء داره التي جوابها عدم الضمان بدون اذن الامام أيضا على التقييد باذن الامام كما لا يخفى وقال صاحب الغاية في شرح هذا المقام وقيل انما يكون له أن يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكا له أو كان بحيث

(قوله ولا يتوهم من تقديم قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى) أقول أى من تقديم دليل قوله رحمه الله (قال غير المصنف وقال أبو يوسف ان مات جوعا فكذلك) أقول ما ذكر في الكتاب غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما في ظاهر الرواية فلا يجب الضمان قاله العلامة الاتقاني نقلا عن الاسبيجابي فالأولى وعن أبي يوسف وعن محمد رحمهما الله

غيرمتعدوالمستأجرمتعدفيرجح جانبه وان كان الأول فالضمان على الاجراء لعدم صحة الامر بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعلهم اليه وليسوا بمغرورين فينتفى الضمان عنهم فبقى الفعل مضافا اليهم وفى عبارته تسامح لان صحة الأمر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به فى ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح أمره بما ليس بملوك له بل المناسب أن يقال لان الأمر لم يصح ظاهرا حيث علموا وطولب بالفرق بين هذه المسئلة و بين الأمر باشراع الجناح فان الاجراء هنالك اذا لم يعلموا (٣٣٧) ضمنوا ورجعوا على الآمر وههنا لم يضمنوا أصلا والجواب ما أشار اليه المصنف فى ذبح شاة غيره بأن الذابح مباشر والآمر مسبب وقد تقدم أن اشراع الجناح كذبح الشاة اذا ظهر استحقاقها (وان قال لهم هذا فنائى) ظاهر وقوله (فكان الأمر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا) يعنى قوله لانطلاق يده فى التصرف الخ فان قيل قوله ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بان قوله ليس لى فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام) كلامه واضح

غيرمتعد والمستأجرمتعد فيرجح جانبه (وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء) لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم (وان قال لهم هذا فنائى وليس لى فيه حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا) لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم (وفى الاستحسان الضمان على المستأجر) لان كونه فناءله بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه قال (ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذى عمل القنطرة وكذلك اذا وضع خشبة فى الطريق فتعمد رجل المرور عليها)

لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بغيره يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى أما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين أوكان مشتركا كما اذا كان فى سكة غيرنافذة يجب الضمان لوجود التعدى انتهى أقول قد زاد ذلك الشارح نغمة فى الطنبور من جهة الفساد حيث شرح قوله أوكان له حق الحفر فيه بان قال أوكان بحيث لا يلحق الضرر بغيره فاشترك مع جمهور الشراح فى أن يرد عليه مايرد على الوجه الاول من وجهى تفسيرهم كما بيناه من قبل وقال فى تعليل ذلك لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدى ويرد عليه أن التقييد بشرط السلامة يقتضى الضمان عند الهلاك كما صرحوا به فى مسائل عديدة وجواب هذه المسئلة عدم الضمان عند الهلاك لعدم التعدى فلا معنى للتقييد بشرط السلامة كما لا يخفى ثم أقول الصواب عندى أن معنى قوله أوكان له حق الحفر فيه ان كان له حق الاختصاص بالحفر فيه بان كان ذلك الموضع موقوفا عليه بالانتفاع فيه أوكان مما استأجره للانتفاع فيه أو نحو ذلك فحينئذ ينتظم السياق واللحاق بلا غبار كما ترى (قوله وان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقى الفعل مضافا اليهم) قال صاحب العناية فى عبارة المصنف تسامح لان صحة الامر فيما نحن فيه لا تحتاج الى كون المأمور به فى ملكه حتى يصح التعليل بقوله لانه لم يصح أمره بما ليس بمملوك له بل المناسب أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا انتهى أقول ليس هذا بسديد لان مدار زعمه التسامح فى عبارة المصنف على الغفلة عن دخول قوله ولا غرور فى تمام التعليل ولا شك أنه داخل فيه فقوله لم يصح أمره بما ليس بمملوك له اشارة الى انتفاء صحة أمره حقيقة وقوله ولا غرور اشارة الى انتفاء صحته ظاهرا والمعنى لم يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك فى المأموربه ولا ظاهرا لعدم الغرور حيث علموا فظهر أن ماذكره المصنف تعليل مفيد واسع ليس بمثابة أن يقال لان الامر لم يصح ظاهرا حيث علموا كما ترى فلم يتم القول بأن ذلك هو المناسب (قوله فكان الامر بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا) يعنى قوله لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه الخ قال فى العناية أخذا من معراج الدراية فان قيل قوله ليس لى فيه حق الحفر يخالف هذا الظاهر وهو صريح فلا تعتبر الدلالة بمقابلته أجيب بأن قوله ليس لى فيه حق الحفر يحتمل أن يكون مراده ليس لى ذلك فى القديم وهكذا لفظ المبسوط فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة انتهى أقول فى الجواب بحث لان كلمة ليس لنفى مضمون الجملة حالا عند جمهور

(قوله وفى عبارته تسامح الخ) أقول لا تسامح اذ المراد أنه لا يصح أمره حقيقة لانتفاء الملك فى المأمور به ولا ظاهرا لعدم الغرور فقوله لان صحة الأمر لا تحتاج الخ ان أراد صحة الامر حقيقة فغير مسلم وقد دل عليه قوله سابقا ولو توقف على صحة الأمر حقيقة وان أراد صحته ظاهرا فسلم ولا يفيده كما لا يخفى (قوله بالنظر الى ماذكرنا يعنى قوله الخ) أقول فيه بحث (قوله فيكون الصريح مشترك الدلالة فلا يعارض الدلالة) أقول فما يفعل بقول المصنف لانهم علموا بفساد الأمر فانه اذا كان مشترك الدلالة لم يعلموا به اذ العلم لا يجامع الاحتمال

قوله (لان الاول) يعني جعل القنطرة ووضع الخشبة (تعد) أما وضع الخشبة فكونه تعديا ظاهر وأما بناء القنطرة فلان الباني فوت حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعين المكان والضيق والسعة للامام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعد لا محالة قوله (وهذا اللفظ) يعني قوله فعطب به فهو ضامن (يشمل الوجهين) وهما تلف الانسان بوقوع الشئ المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان

وذلك لا يشمل التعثر به نعم لفظ الجامع الصغير وهو قوله محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشئ في الطريق فيسقط منه ذلك الشئ فيعطب به انسان فيموت قال الحامل ضامن يشملهما والفرق بين العبارتين بين وفي بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور ولعل المصنف رحمه الله نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه وقوله (فيخرج بالتقييد بما ذكرنا) يعني بوصف السلامة وقوله (ما لا يلبسه عادة) يعني مثل اللبد والجوالق ودروع الحرب في غير موضع الحرب وكذا اذا لبس زيادة على ما يحتاج اليه على رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله لعدم عموم البلوى به وقوله (العشيرة) يعني أهل المسجد وقوله (ضمن) يعني اذا فعل ذلك بغير اذن أحد من العشيرة بدليل قوله من بعد كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد وقالا

لان الاول تعد هو تسبيب والثاني تعد هو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر أولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي قال (ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به انسان فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه فسقط عنه فعطب به انسان لم يضمن) وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق أن حامل الشئ قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيخرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال (واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن) قالوا هذا عند أبي حنيفة

النحاة على ما تقرر في موضعه فحينئذ لا يحتمل قوله ليس لي فيه حق الحفر غير نفي حق الحفر عنه حالا وأما عند بعض النحاة فكلمة ليس وان كانت للنفي مطلقا الا أن معناه أن مضمون الجملة اذا قيد بزمان من الازمنة فهو على ما قيد به وأما اذا لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه في نحو زيد قائم كذا حققه الاندلسي واستحسنه الرضي وفيما وقع في مسئلة الكتاب لم يقيد بزمان فيحمل على الحال كما يحمل الايجاب عليه قطعا فلم يكن مشترك الدلالة كيف ولو كان كذلك لما صح قول المصنف في تعليل كون الضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم اذ العلم بفساد الامر لا يتصور عند اشتراك دلالة ذلك وأما ما وقع في لفظ المبسوط فالظاهر أن المراد به ليس لي ذلك من القديم لكنه لي في الحال والا لما تم وجه الاستحسان ثم أقول الحق عندي في الجواب أن يقال يحتمل أن يكون المراد بذلك ليس لي على الاختصاص حق الحفر فيه على أن يكون اللام في لي للاختصاص فيجوز أن يكون فناء داره حق عامة المسلمين أو مشتركا بأن كانت في سكة غير نافذة كما مر مثله فلا يخالف الظاهر من انطلاق يده في التصرف فيه اذ يجوز لكل أحد التصرف في حق العامة بشرط السلامة ولا ينافي أيضا قول المصنف في تعليل وجه القياس لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم لان فساد الامر مقرر على كل من الاحتمالين أما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه حق الحفر أصلا أي لا على الاختصاص ولا على الاشتراك فظاهر وأما على احتمال أن يكون المراد ليس لي فيه على الاختصاص حق الحفر فلان الامر بالحفر في حق العامة أو في الحق المشترك بدون اذن الشريك فاسد لانه تعد ولهذا لو فعله بنفسه فتلف به انسان أو بهيمة يجب عليه الضمان (قوله وهذا اللفظ يشمل الوجهين) قال جمهور الشراح أشار المصنف بقوله وهذا اللفظ الى قوله فعطب به فهو ضامن وأراد بالوجهين في قوله يشمل الوجهين تلف الانسان بوقوع الشئ المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد ما وقع في الطريق أقول ما ذهبوا اليه من كون قول المصنف وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن فاسد من وجهين أحدهما أنه لو كان قوله فعطب به فهو ضامن يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بسقوط المحمول عليه وتلفه بتعثره به بعد سقوط ذلك لكان قوله وكذا اذا سقط فتعثر به انسان بعد قوله فعطب به فهو ضامن مستدركا محضا وثانيهما أنه لو كان مراد المصنف ذلك لذكر قوله

(قوله وهو بالنسبة الى الرداء فاسد) أقول ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعني أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجاز الا خصوصه ألا يرى الى دليله والمنقول عن محمد فيشمل مثل الدرع ولا يبعد موت الانسان مثل الصغار بسقوطه عليه ولا يبعد حمل قول الشارح ولعل المصنف نظر الى المعطوف الخ على هذا فتأمل

وقوله (كنصب الامام) يعنى اذا لم يكن البانى موجودا أما اذا كان فنصب الامام اليه وهو مختار الاسكاف رحمه الله قال أبو الليث رحمه الله وبه نأخذ الا أن ينصب شخصا والقوم يريدون من هو أصلح منه ويجوز أن يكون المصنف رحمه الله اختار قول ابن سلام ان القوم أولى بنصب الامام والمؤذن والبانى أولى بالعمارة وقوله (وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله) فلهم تكرار الجماعة بخلاف ما اذا سبقوا بها فانه ليس لغيرهم أن يكرر الجماعة وقوله (وقصد القربة لا ينافى الغرامة) جواب عن قولهما لان هذه من القرب وقوله (كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا) فانه قصد القربة لكن أخطأ الطريق فان شرطها أن يكون الشهود أربعة ممن تسمع شهادته فاذا انقضت انقلبت قذفا واستوجب الحد قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل الخ) وان جلس فى المسجد رجل من العشيرة فعطب به رجل فاما أن كان فى الصلاة أو لم يكن فيها فان كان فى الصلاة فلا ضمان عليه سواء كانت الصلاة فرضا أو نفلا لان النفل بالشروع يصير فرضا وان لم يكن فيها بل كان قاعدا لغيرها ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال

وقالا لا يضمن فى الوجهين جميعا لان هذه من القرب وكل أحد مأذون فى اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد من أهل المسجد ولابى حنيفة وهو الفرق أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير أهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافى الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من أهله قال (وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان فى الصلاة وان كان فى غير الصلاة ضمن) وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال

وهذا اللفظ يشمل الوجهين قبل ذكر المسئلة الثانية وهى قوله وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن اذ لا وجه لتأخير بيان ما فى المسئلة الاولى عن ذكر المسئلة الثانية بلا أمر داع اليه وقال صاحب العناية بعد أن شرح المقام على ما ذهب اليه جمهور الشراح وفيه نظر لان قوله فعطب به معطوف على قوله فسقط على انسان وذلك لا يشمل التعثر به ثم قال ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه انتهى أقول ان قوله ولعل المصنف نظر الى المعطوف مع قطع النظر عن المعطوف عليه مما لا معنى له لان قوله فهو ضامن جواب مجموع المعطوف والمعطوف عليه فكيف يتصور صحة المعنى مع قطع النظر عن المعطوف عليه وأنا أتعجب من هؤلاء الشراح كيف حملوا مراد المصنف ذلك المتقن النحرير على ما يأباه من له أدنى دربة بأساليب الكلام وجعل تاج الشريعة قول المصنف وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو الحق الصريح عندى أيضا فانه مصون عن المحذورات المذكورة كلها ورده صاحب العناية بعد أن نقله حيث قال وفى بعض الشروح جعل قوله وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به انسان لم يضمن وهو بالنسبة الى الرداء فاسد لان موت الانسان بسقوط الرداء عليه غير متصور انتهى أقول رده مردود اذ لا يخفى أنه يتصور أن يسقط الرداء على فم الصغير بل على فم الكبير أيضا فى حالة النوم بل فى حالة اليقظة أيضا فيختنق بذلك فيموت نعم تحقق مثل هذه الصورة نادر لكن امكان وقوعه كاف فى تعميم المسئلة كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء قصد الجواب عن رد صاحب العناية بوجه آخر فقال ولك أن تقول قوله فسقط فعطب به انسان يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فعطب فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه ألا يرى الى دليله الى هنا لفظه أقول كل من مقدمات كلامه كاسد أما قوله يعنى أن هذا اللفظ يشمل الوجهين بخلاف قوله فسقط على انسان فمراده الفرق بين اللفظين نفسهما مع قطع النظر عن الغير فلان الفرق بين اللفظين نفسهما بدون أن يكون له تأثير فيما نحن فيه من المسئلة يكون خارجا من الفقه بل يكون بمنزلة اللغو من الكلام ههنا ومثله لا يليق عن له أدنى تمييز فضلا عن المصنف الذى هو علم فى التحقيق وأما قوله ولو سلم فالمراد بالرداء مطلق اللباس مجازا لا خصوصه فلان المجاز لا بد فيه من قرينة ولا قرينة فيما نحن فيه وأما قوله ألا يرى الى دليله فلان عموم الدليل لا يقتضى عموم المسئلة ألا يرى أن كلية الكبرى شرط فى انتاج الشكل الاول مع كون النتيجة خاصة (قوله وقالا لا يضمن فى الوجهين جميعا) أى فيما اذا فعل ذلك أحد من العشيرة وفيما اذا فعله

(قال المصنف وقالا لا يضمن فى الوجهين جميعا) أقول قال الكاكى وهما اذن الامام أو العشيرة أو عدم اذنهما وبه قال الشافعى فى وجه ومالك وأحمد قال الحلوانى وأكثر مشايخنا أخذوا بقولهما فى هذه المسئلة وعليه الفتوى كذا فى الذخيرة انتهى كلام الكاكى وقوله وهما اذن الامام الخ محل كلام (قوله بل كان قاعدا لغيرها) أقول قوله بل كان قاعدا لغيرها لا يطابق المشروح فان القعود لها محل الاختلاف أيضا على تقرير المصنف فالاولى القصر على قوله أو لم يكن فيها

(ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم) أي لتعليم الفقه أو الحديث (أو للصلاة) يعني منتظرا لها (أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث) قال المصنف رحمه الله (فهو على هذا الاختلاف) وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيه خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لأنه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا للقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك لكن قوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف

ولو كان جالسا للقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق

أحد من غير العشيرة قال صاحب معراج الدراية قوله وقالا لا يضمن في الوجهين وهما اذن الامام أو العشيرة أو عدم اذنهما وتبعه الشارح العيني أقول تفسير الوجهين هنا بما ذكره ذانك الشارحان لا يطابق المشروح كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله ولو كان جالسا للقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولو كان جالسا للقراءة القرآن أو للتعليم أي تعليم الفقه أو الحديث أو للصلاة يعني منتظرا لها أو نام فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة أو مر فيه مارا أو قعد فيه لحديث قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها خلاف بل لا ضمان فيه بالاتفاق انتهى أقول في تقريره خلل فان الاختلاف بين أصحابنا واختيار أبي بكر الرازي قول بعضهم وأبي عبد الله الجرجاني قول البعض الآخر انما هو فيما اذا قعد للعبادة بأن كان ينتظر الصلاة أو قعد للتدريس وتعليم الفقه أو الاعتكاف أو قعد يذكر الله أو يسبحه أو يقرأ القرآن فعثر به انسان فمات وأما فيما اذا قعد لحديث أو نام فيه أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا فعثر به انسان فمات ففيه اختلاف بين أبي حنيفة وبين صاحبيه بلا خلاف لأحد من أصحابنا على ما بين وفصل في الذخيرة والمحيط البرهاني وذكر في النهاية أيضا نقلا عن الذخيرة ولا ريب أن ما ذكره المصنف هنا من الصور فقال فهو على هذا الاختلاف يشمل القسمين فكيف يتم قول صاحب العناية على الاطلاق وهو اختيار بعض أصحابنا الى آخر كلامه ثم قال صاحب العناية ولقائل أن يقول في عبارة الكتاب تكرار لأنه قال وان كان في غير الصلاة ضمن وغير الصلاة يشمل هذا المذكور كله والجواب أن قوله وان كان في غير الصلاة ضمن لفظ الجامع الصغير وقوله ولو كان جالسا للقراءة القرآن من لفظ المصنف بيان لذلك انتهى أقول في كل واحد من سؤاله وجوابه سقامة أما في الاول فلان وضع المسئلة فيما قال وان كان في غير الصلاة انما كان في الجلوس في المسجد فكيف يشمل قوله وان كان في غير الصلاة ضمن هذا المذكور كله ومنه ما ليس من جنس الجلوس كالنوم فيه في أثناء الصلاة أو في غير الصلاة والمرور فيه مارا وأما في الثاني فلان لفظ الجامع الصغير مختص بالجلوس في المسجد ولفظ المصنف شامل للجلوس وغيره كما عرفت آنفا فكيف يكون هذا بيانا لذلك ثم قال وقوله فهو على هذا الاختلاف يفيد اتفاق

(قال المصنف فهو على هذا الاختلاف وهو اختيار بعض أصحابنا واختاره أبو بكر الرازي وقال بعضهم وهو اختيار أبي عبد الله الجرجاني ليس فيها اختلاف الخ) أقول نظم الكلام في سمط واحد وفيه تفصيل فانه ذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر في كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو أقام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مارا ضمن عنده وقالا لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف المتأخرون فيه على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني كذا في النهاية وغيره ويعلم منه ما في كلام الشيخ الشارح حيث بين أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه اتفاقي (قوله يشمل هذا المذكور كله) أقول فيه أنه لا يشمل المرور بل النوم فيها فان المستتر في كان ضمير الجلوس أو الرجل الجالس الا أن يقال للأكثر حكم الكل

وله

وقوله (لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر) قال الله تعالى في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال وقوله تعالى وأنتم عاكفون في المساجد وقوله (وله أن المسجد انما بنى للصلاة) لان المسجد موضع السجود ألا ترى أن المسجد اذا ضاق على المصلى كان له ازعاج القاعد فيه المشتغل بالذكر والقراءة والتدريس لانه يطلب موضوعه الاصلى دون العكس وما عرف الناس المسجد الا لاجل الصلاة فيه ولا دلالة لما ذكر من الآيتين على ما سوى الاذن والعكوف به وليس الكلام فيه وكونها من ضرورات الصلاة مسلم لكن لابد من التفرقة بين الموضوع الاصلى وما ألحق به والباقى واضح

﴿فصل في الحائط المائل﴾ لما كان الحائط المائل يناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها ألحق مسائله بها في فصل على حدة قال (واذا مال حائط الى طريق المسلمين الخ) أخذ الشافعى رحمه الله في هذه المسئلة بوجه القياس ولم يوجب الضمان وعلماؤنا رحمهم الله استحسنوا ايجاب الضمان وهو مروى عن على رضى الله عنه وشريح والنخعى والشعبى وغيرهم من التابعين رحمهم الله والوجه من الجانبين مذكور في الكتاب

لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة أو لان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله أن المسجد انما بنى للصلاة وهذه الاشياء ملحقة بها فلابد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة ولا غرو أن يكون الفعل مباحا أو مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمى الى الكافر أو الى الصيد والمشى في الطريق والمشى في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره (وان جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلاة فتعقل به انسان ينبغى أن لا يضمن) لان المسجد بنى للصلاة وأمر الصلاة بالجماعة ان كان مفوضا الى أهل المسجد فلكل واحد من المسلمين أن يصلى فيه وحده

﴿فصل في الحائط المائل﴾ قال (واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس أو مال)

المشايخ على ذلك وليس كذلك بل هو على الاختلاف كما رأيت أقول لا نسلم أنه يفيد اتفاق المشايخ على ذلك لجواز أن يكون مختار المصنف أيضا ما اختاره أبو بكر الرازى فبناء على ذلك لم يذكر القول الآخر ومثل هذا ليس بعزيز في كلمات المشايخ ثم قال وكان من حق الكلام أن يقول فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف كما قال في الاعتكاف انتهى أقول لعل سر أن المصنف لم يقل هكذا هو أن ماذكره من الصور مشتمل على ما ليس من جنس العبادة أيضا ولم يقل أحد بأنه لا يضمن في هذا القسم بلا خلاف كما بيناه فيما قبل فلو قال المصنف مثل ما زعمه صاحب العناية حق الكلام لاختل كلامه كاختلال كلام ذلك الشارح في شرحه كما مر حيث يلزم أن يدرج في اختلاف المشايخ محل الوفاق أيضا فقال وهو على هذا الاختلاف بالبتات جريا على اتفاقهم على وقوع الاختلاف فيما هو من غير جنس العبادة واختيار ما اختاره أبو بكر الرازى فيما هو من جنس العبادة تأمل فان هذا معنى لطيف وتوجيه حسن (قوله لهما أن المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا الخ) أقول هذا التعليل قاصر عن افادة مدعاهما في بعض من المسائل المذكورة كالنوم في المسجد والمرور فيه والقعود فيه لحديث فان شيأ منها ليس من الصلاة ولا من الذكر ولا من ضرورات الصلاة ولا من الانتظار للصلاة فلا يتم التقريب

﴿فصل في أحكام الحائط المائل﴾ لما ذكر أحكام القتل الذى يتعلق بالانسان مباشرة أو تسببا شرع في بيان أحكام القتل الذى يتعلق بالجماد وهو الحائط المائل وكان من حقها أن تؤخر عن مسائل جميع

(قال المصنف لهما ان المسجد انما بنى للصلاة والذكر ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه مباحا لانه من ضرورات الصلاة) أقول لا يخفى عليك أخصية الدليل من المدعى الا أن يلحق سائر المباحات مثل المرور والقعود للحديث لان المناط هو الاباحة ألا ترى الى قوله فكان الجلوس مباحا وفيه تأمل فانهما حينئذ يحتاجان الى الفرق بين هذا وبين سائر المباحات المقيدة بشرط السلامة وأما المذكور في الكتاب فهو اباحة معللة بكونه من ضرورات الصلاة فلا يحتاج الى الفرق لان المناط ليس مطلق الاباحة بل الاباحة المقيدة المعللة بما ذكر (قوله لان المسجد موضع السجود) أقول هذا دليل لغوى (قوله ألا ترى) أقول هذا دليل شرعى (قوله وما عرف الناس الخ) أقول هذا دليل عرفى

والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان أصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء طريق المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا على أنفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا أني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل أن يهي الحائط لانعدام التعدي قال (ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد) لان البناء تعد ابتداء كما في اشراع الجناح قال (وتقبل شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم) لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي أن يطالبه بنقضه مسلم أو ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة حرا كان أو مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد كل صاحب حق به قال (وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة) لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم أن يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو أجله صاحب الدار أو أبرأه منها أو فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فأجله القاضي أو من أشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما أشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى أبي اليتيم أو أمه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات

الحيوانات تقديما للحيوان على الجماد الا أن الحائط المائل لما ناسب الجرصن والروشن والجناح والكنيف وغيرها الحق مسائله بها ولهذا أي بلفظ الفصل لا بلفظ الباب كذا في النهاية وغيرها (قوله والاصل أنه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه) أقول لقائل أن يقول ينتقض هذا الاصل بما سيأتي في الكتاب من انه يصح التقدم الى أحد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده ويمكن الجواب عنه بوجهين أحدهما أنه يجوز أن يكون هذا الاصل على موجب القياس وما سيأتي في الكتاب جواب الاستحسان ووجهه

وقوله (وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام) كالرامي الى الكفار وان تترسوا بالمسلمين وقطع العضو للآكلة عند خوف هلاك النفس وقوله (وتتحملها العاقلة) قال محمد رحمه الله ان العاقلة لا تتحمل حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم اليه في النقض وعلى أنه مات من سقوطه عليه وعلى أن الدار له لان كون الدار في يده ظاهر والظاهر لا يستحق به حق على الغير وقوله (والشرط التقدم اليه) وهو أن يقول صاحب الحق لصاحب الحائط ان حائطك هذا مخوف أو يقول مائل فانقضه أو اهدمه حتى لا يسقط ولا يتلف شيأ ولو قال ينبغي أن تهدمه فذلك مشورة ويشترط أن يكون التقدم من صاحب حق كواحد من العامة مسلما كان أو ذميا أو صبيا أو امرأة ان مال الى طريقهم وواحد من أصحاب السكة الخاصة ان مال اليها وصاحب الدار أو سكانها ان مال اليها وان يكون الى من له ولاية التفريغ حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة أو اعارة فلم ينقض حتى سقط على انسان فلا ضمان على أحد وقوله (والشرط هو التقدم دون الاشهاد) حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه

﴿فصل في الحائط المائل﴾ (قوله مسلما كان أو ذميا أو صبيا) أقول أي مأذونا أو عبدا كذلك قال والضمان
المصنف (ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه) أقول الاظهر ان يقال لانه لم يتقدم اليه

وقوله (لان فعل هؤلاء كفعله) أى فعل الوصى والاب والام كفعل الصبى والتقدم اليهم كالتقدم على الصبى بعد بلوغه فان قيل لو كان كذلك لماهدر القتيل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبى بعد التقدم الى الاب والوصى أجيب بأن التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير مادامت ولايتهما باقية وقد زالت بالبلوغ فصار كأن التقدم لم يوجد فى حق الصغير ثم انهما فى ترك الهدم يعملان للصبى و ينظران له فكان الضمان فى ماله فان قيل الوصى اذا ترك النقض بعد التقدم اليه ألحق ضررا بمال اليتيم فكان الواجب أن يكون الضمان عليه أجيب بأن فى ترك النقض دفع مضرة متحققة وهى مضرة مؤنة النقض و بنائه ثانيا وفى نقضه دفع مضرة موهومة لجواز أن لا يسقط وان سقط لا يهلك به شئ فكان تركه أنظر للصبى فلا يلزم الوصى ضمان وقوله (فى عنق العبد) يعنى يباع فيه كما يباع فى ديون تجارته وكان القياس أن يكون ذلك على المولى كضمان النفس ولكنا استحسنا الفرق بينهما فقلنا العبد فى ضمان التزام المال كالحر فانه ينفك الحجر عنه فى اكتساب سبب ذلك وفى التزام ضمان الجناية على النفس كالمحجور عليه لان فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى وقوله (لان الاشهاد على المولى من وجه) اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان الملك فى الدار للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته ألاترى أنه لوادعى انسان حقا فى دار بيد مأذون له ينتصب خصما فكان الاشهاد عليه اشهادا على المولى من وجه وأما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر وعند أبى حنيفة رحمه الله للمولى أن يستخلصه بقضاء الدين فكان هذا (٣٤٣) تقدما الى المولى من وجه وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر فى ضمان الانفس تقدما الى المولى لما ذكرنا أن فك الحجر بالاذن لم يتناول ذلك وفى ضمان الاموال تقدما الى العبد لانه كالحر فيه كما مر وقوله (ويصح التقدم الى أحد الورثة فى نصيبه) يعنى لو هلك أحد بسقوطه بعد ذلك ضمن ذلك الواحد بقدر نصيبه فيه وهذا جواب الاستحسان ووجهه ماذكر فى الكتاب وأما جواب القياس فهو أن لا يضمن أحد منهم شيأ أما الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض فلم يكن التقدم اليه مفيدا وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدى من واحد منهم فى ترك التفريغ والجواب أن الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم فى نصيبه أدى الى الضرر وهو مدفوع وقوله (فعطب لا يضمنه) أى لا يضمن صاحب الحائط القتيل الثانى (لان التفريغ عنه) أى القتيل الاول برفعه مفوض الى أوليائه لأنهم الذين يتولون دفنه وطولب بالفرق بينهما و بين ما اذا وقع الجناح فى الطريق فتعثر انسان بنقضه ومات ثم تعثر رجل بالقتيل ومات فان دية القتيلين جميعا على صاحب الجناح وأجيب بأن اشراع الجناح فى نفسه جناية وهو فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فكان حصول القتيل فى الطريق مضافا الى فعله كحصول نقض الجناح فى الطريق ومن ألقى شيأ فى الطريق كان ضامنا لما عطب به وان لم يملك تفريغ الطريق عنه بخلاف مسئلة الحائط فان نفس البناء ليس بجناية و بعد ذلك لم يوجد منه فعل يصير به جانيا لكن جعل كالفاعل بترك النقض فى الطريق مع القدرة على التفريغ والترك مع القدرة وجد فى حق النقض لا فى حق القتيل فلذلك جعل فاعلا فى حق القتيل الاول لا فى حق القتيل الثانى و بهذا يعلم حكم ما عطب بالنقض وقد ذكره فى الكتاب واضحا

والضمان فى مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين أو لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو فى عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال أليق بالعبد وضمان النفس بالمولى و يصح التقدم الى أحد الورثة فى نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضى (ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه) لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه (وان عطب بالنقض ضمنه) لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض

ماذكرهنالك وأما جواب القياس فيه فهو أن لا يضمن أحد من الورثة شيأ أما الذى تقدم اليه فلعدم تمكنه من النقض وأما غيره من الورثة فلعدم التقدم اليهم وقد صرح بذلك فى المبسوط وذكر فى الشروح أيضا فيما سيجىء وثانيهما أنه يجوز أن يكون المراد ههنا بمن يتمكن من نقض الحائط من يتمكن منه وحده أو مع مشاركة غيره وبمن لا يتمكن منه من لا يتمكن منه أصلا وأحد الورثة فى المسئلة الآتية وان لم يتمكن من نقض الحائط وحده الا أنه يتمكن منه مع مشاركة سائر الورثة فلا انتقاض (قوله والضمان فى مال اليتيم) أقول فى هذا الاطلاق نوع قصور لان ما تلف بالحائط المائل ان كان من

(قوله فكان تركه انظر للصبى فلا يلزم الوصى ضمان) أقول فان قيل ينبغى أن لا يقدر الوصى على النقض لان عدمه انظر قلنا المراد هو الانظر به من وجه (قوله فلو لم يصح الاشهاد على بعضهم فى نصيبه الخ) أقول وهو يتمكن من اصلاح نصيبه بطريقه فيكون التقدم اليه مفيدا كما ذكره المصنف

وقوله (فسقطت) يعني الجرة بسقوط الحائط يشير الى أنه لو وقعت الجرة وحدها فأصابت انسانا فلا ضمان عليه لانه وضعها على ملكه وهو لا يكون متعديا فيما يحدثه في ملكه سواء كان الحائط مائلا أو غير مائل كذا في المبسوط وقوله (فعليه) أي فعلى كل واحد من حافر البئر وباني الحائط وقوله (وله) أي لابي حنيفة رضي الله عنه أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر يعني في الحائط والعمق المقدر يعني في البئر (لان أصل ذلك) أي أصل الثقل والعمق كما في قوله تعالى عوان بين ذلك (وهو القليل) أي ذلك الاصل يعني أن الجزء اليسير ليس بمهلك (حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى

العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك) ألا ترى أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط على انسان كان على كل واحد منهم خمس الدية فبترك الاشهاد في حق الباقين لا يزداد الواجب على من أشهد عليه وعلى هذا تخرج مسئلة البئر فيقال لهما اجتمع في حقه معنيان أحدهما موجب للضمان وهو التعدي بالحفر في ملك غيره والآخر مانع عنه وهو عدم التعدي من حيث الحفر في ملكه فيجعل المعتبر جنسا والمهدر جنسا فيلزمه نصف الضمان ولابي حنيفة رضي الله عنه أن صفة التعدي تحققت في الثلثين فيجب عليه ضمان الثلثين وقوله (بخلاف الجراحات) جواب عن قولهما كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وقوله (الا أن عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية) يضاف اليه واذا أضيف الى الكل و بعضها معتبر في اضافة الضمان اليه وبعضها غير معتبر فجعل غير المعتبر شيا واحدا وان تعدد فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر أحدهما واهدر الآخر والله تعالى أعلم

لان المقصود امتناع الشغل (ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه) لان التفريغ اليه (وان كان ملك غيره لا يضمنه) لان التفريغ الى مالكها قال (وان كان الحائط بين خمسة رجال أشهد على أحدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية و يكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضا الشريكين الآخرين أو بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند أبي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين) لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فتجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت أو كبرت على ما عرف الا أن عند المزاحمة أضيف الى الكل لعدم الاولوية والله أعلم

﴿ باب جناية البهيمة والجناية عليها ﴾

قال (الراكب ضامن

النفوس يجب الدية على عاقلة صاحب الحائط لا في ماله وان كان من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله وقد مر هذا كله في الكتاب فكون الضمان في مال اليتيم انما يتصور في تلف الاموال لا في تلف النفوس فما معنى الحكم هنا بكون الضمان في مال اليتيم على الاطلاق (قوله لهما أن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر و بنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل) أقول كان مدعاهما عاما للفصلين أي فصل حائط بين خمسة وفصل دار بين ثلاثة كما أفصح عنه المصنف بقوله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين والدليل الذي ذكره من قبلهما خاص للفصل الاول فكان قاصرا في الظاهر عن افادة تمام المدعى وعن هذا قال صاحب الكافي بعد ذكر ما ذكره المصنف من قبلهما وفي مسئلة البئر تلفت النفس بالحفر في ملكه وفي ملك غيره فانقسم نصفين اهـ والجواب من جانب المصنف هنا هو ان الدليل الذي ذكره من قبلهما وان كان يخص الفصل الاول بعبارته الا أنه يعم الفصل الثاني أيضا بدلالته كما لا يخفى على ذي فطانة فاكتفى بذلك ولو لم يكن مدار الكلام هنا على الاكتفاء بانفهام تمام المراد لكان ما زاده صاحب الكافي أيضا قاصرا عن افادة تمام المدعى هنا لان الفصل الثاني ليس مسئلة حفر البئر وحدها بل هو مسئلة حفر البئر و بناء الحائط جميعا وقد تعرض صاحب الكافي في التعليل لحفر البئر دون بناء الحائط كما ترى

﴿ باب جناية البهيمة والجناية عليها ﴾

لما فرغ من بيان أحكام جناية الانسان شرع في بيان أحكام جناية البهيمة ولا شك في تقدم الانسان

لما

﴿ باب جناية البهيمة والجناية عليها ﴾

ذكر جناية البهيمة والجناية عليها عقيب جناية الانسان والجناية عليه في باب على حدة مما لا يحتاج الى بيان

(قوله أي فعلى كل واحد منهما من حافر البئر و باني الحائط) أقول والاولى ان يقول وعلى ذلك الأحد اذ مرجع الضمير هو لفظ أحدهم

وقوله (لما أوطأت الدابة) الصحيح لما وطئت الدابة وقيل يجوز أن يكون مفعولا الايطاء محذوفين وتقديره أوطأت الدابة يدها أو رجلها انسانا فيكون من باب فلان يعطى وقوله (ما أصابت) بدل من قوله لما أوطأت الدابة والكدم العض بمقدم الانسان والخبط الضرب باليد والصدم هو أن تضرب الشئ بجسدك ومنه اصطدم الفارسان اذا ضرب أحدهما الآخر بنفسه ويقال نفحت الدابة الشئ اذا ضربته بحد حافرها واعلم ان جناية الدابة لا تخلو من أوجه ثلاثة لانها اما أن تكون فى ملك صاحبها أو فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين فان كانت فى ملك صاحبها ملكا كاملا أو مشتركا متساويا أو متفاضلا فاما ان يكون صاحبها معها أو لا يكون فان كان الثانى لم يضمن صاحبها واقفة كانت الدابة أو سائرة وطئت بيدها أو برجلها أو نفحت أو كدمت وان كان الاول فاما ان يكون سائقها أو قائدا واما أن يكون راكبا عليها أو لا فان كان الاول لم يضمن صاحبها فى الوجوه كلها اتلفت نفسا أو مالا لأن صاحبها فى هذه الوجوه متسبب لاتصال أثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمتسبب انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدى فى ايقاف الدابة أو تسييرها فى ملكه وان كان الثانى وهو يسير فان وطئت بيدها أو برجلها ضمن وان كدمت أو نفحت بيدها أو برجلها أو ضربت بذنبها فلا ضمان لان فى الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف فكانهما وطئاه جميعا والمباشر ضامن متعديا كان أو لم يكن وفى الثانى متسبب غير متعد وان كانت الجناية فى ملك غير صاحبها فاما ان أدخلها صاحبها فيه أو لا فان كان الثانى فلا ضمان عليه على كل حال لانه ليس بمتسبب ولا مباشر وان كان الاول فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها أو قائدها أو لا واقفة أو سائرة لان صاحبها اما مباشر أو متسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة وتسييرها فى ملك الغير بغير اذنه وان كانت فى طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما تلف فى الوجوه كلها الا انه بالايقاف متسبب متعد اذ ليس له شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما أن يكون صاحبها معها أو لم يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارساله أو انفلتت فان كان الاول ضمن ما أتلفت مالم تتحول عن جهة الارسال يمنة أو يسرة لان ارسالها بلا حافظ سبب للاتلاف وهو فيه متعد وان كان الثانى فلا ضمان عليه فى الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن ما أتلفت راكبا كان أو سائقا أو قائدا الا النفحة بالرجل أو الذنب لانه مباشر أو متسبب متعد والغرض من هذا الاسهاب بيان قول المصنف رحمه الله الراكب ضامن لما أوطأت الدابة الى قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على ما اذا لم يكن الراكب فى ملكه لان هذا الجواب ان استقام فى قوله ما أصابت بيدها أو برجلها لا يستقيم فى قوله أو كدمت أو خبطت أو صدمت فيما اذا كان فى ملكه على ما مر آنفا وذكر الاصل الذى ينبنى عليه هذه الفروع

لما أوطأت الدابة ما أصابت بيدها أو رجلها أو رأسها أو كدمت أو خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها)

على البهيمة رتبة فكذا ذكرا كذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية أقول يرد عليه أنه لم يفرغ من بيان أحكام جناية الانسان مطلقا بل بقى منها أحكام جناية المملوك ولا شك أن المملوك من الانسان أيضا مقدم على البهيمة رتبة فكان ينبغى أن يقدم عليها أيضا ذكرا فلم يكن القدر المذكور من التوجيه كافيا فى افادة حق المقام وقال فى غاية البيان وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق فى المملوك ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق ألحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل فى الطريق من الجرصن ونحو ذلك اهـ أقول يرد عليه أيضا أنه لو كان هذا الباب ملحقا بباب ما يحدثه الرجل فى الطريق من الحيثية المذكورة لما ذكرت مسائل هذا الباب فى باب مستقل بل كان حقها أن تذكر فى فصل كما قالوا فى فصل الحائط المائل تدبر (قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها) قال الشراح قاطبة يقال نفحت الدابة شيأ اذا ضربته بحد حافرها وقال صاحب النهاية بعد ذلك كذا فى الصحاح والمغرب واقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية أقول

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها﴾

(قوله ذكر جناية البهيمة والجناية عليها الخ) أقول فان قيل ما ذكر فى هذا الباب جناية انسان ولذلك يجب الضمان من ماله أو على عاقلته قلنا لما أودع الله سبحانه وتعالى فى البهائم ارادة وادراكا صح اضافة الجناية اليها ولزوم الضمان على غيرها لا ينافى تلك الاضافة كما فى الجانى والعاقلة (قوله وقيل يجوز أن يكون مفعولا الايطاء محذوفين) أقول القائل هو الاتقانى (قوله وان كانت فى طريق المسلمين وقد أوقفها صاحبها فعليه ضمان ما أتلفت فى الوجوه كلها) أقول هذا اذا أوقفها لغير البول والروث (قوله وكذا اذا صدمت أنه محمول على ما اذا لم يكن الراكب فى ملكه) أقول يعلم كونه محمولا على ما اذا كان الراكب فى الطريق مما ذكره المصنف فى معرض التعليل

والاصل ان المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به (فان أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا) لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا فى الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه قال (وان أصابت بيدها أو برجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين انسان أو أفسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن) لانه فى الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفى الثانى ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال (فان راثت أو بالت فى الطريق وهى تسير فعطب به انسان لم يضمن) لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه (وكذا اذا أوقفها لذلك) لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان أوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها أو بولها ضمن لانه متعد فى هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو أكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به (والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها)

كون المذكور فى المغرب كذلك مسلم فانه قال فيه نفحته الدابة ضربته بحد حافرها وأما كون المذكور فى الصحاح كذلك فممنوع اذ لم يعتبر فيه كون الضرب بحد الحافر بل قال فيه ونفحت الناقة ضربت برجلها * ثم أقول بقى اشكال فى عبارة الكتاب وهو ان الذى يظهر مما ذكر فى كتب اللغة ومما ذكره الشراح هنا أن لا تكون النفحة الا بالرجل فيلزم أن لا يصح قوله أو ذنبها فى قوله ولا يضمن ما نفحت برجلها أو ذنبها لانه يقتضى أن تكون النفحة بالذنب أيضا بل يلزم أيضا استدراك قوله برجلها لان الضرب بالرجل كان داخلا فى مفهوم النفحة لا يقال ذكر الرجل محمول على التأكيد وذكر الذنب على التجريد لانا نقول اعتبار التأكيد والتجريد معا بالنظر الى كلمة واحدة فى موضع واحد متعذر للتنافى بينهما كما لا يخفى على الفطن بل التأويل الصحيح أن تحمل النفحة المذكورة فى الكتاب على مطلق الضرب بطريق عموم المجاز فيصح ذكر الرجل والذنب كليهما بلا اشكال تأمل (قوله والسائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها) هذا لفظ القدورى فى مختصره قال المصنف والمراد النفحة وقال صاحب النهاية فى شرحه أى من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها وقال انما فسر بهذا لانه كان يجوز أن يراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها الوطء وقد ذكرت أنه يضمن فيه السائق والقائد من غير خلاف أحد وانما الاختلاف فى النفحة ولو لم يفسر بهذا لكان للأول أن يؤول ذلك بالوطء و يثبت الاختلاف فيه وليست الرواية كذلك اهـ واقتفى أثره كثير من الشراح منهم صاحب العناية أقول فيه خلل أما أولا فلأن الظاهر من قولهم أى من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها أن يكون المراد بالاصابة بيدها و بالاصابة برجلها كليهما هو النفحة وليس كذلك اذ لا يطلق على الاصابة باليد النفحة وانما يطلق عليها الخبط اذا ضربت باليد ولو سلم اطلاق النفحة عليها أيضا بطريق التجوز فلا يجدى هنا اذ لا فرق بين الوطء باليد والخبط الذى هو الضرب باليد فى وجوب الضمان بهما على السائق والقائد بلا خلاف أحد فلا معنى لان يكون المراد أحدهما دون الآخر وأما ثانيا فلأن القدورى لم يذكر الخلاف فى مسئلة السائق أصلا حتى يلزم من توهم أن يكون المراد بقوله لما أصابت بيدها أو رجلها هو الوطء اثبات الاختلاف فى الوطء وانما الذى بين الخلاف

فقال (والاصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس) أما أنه يتصرف فى حقه فلأن الانسان لا بد له من طريق يمشى فيه لترتيب مهماته فالحجر عن ذلك حرج وهو مدفوع وأما أنه يتصرف فى حق غيره فلأن غيره فيه كهو فى الاحتياج فبالنظر الى حقه يستدعى الاباحة مطلقا و بالنظر الى حق غيره يستدعى الحجر مطلقا فقلنا باباحة مقيدة بشرط السلامة عملا بالوجهين وبقية كلامه واضحة وقوله (والمرتدف فيما ذكرنا) يعنى فى موجب الجناية (كالراكب لان المعنى) أى المعنى الموجب وهو المباشرة والتصرف فى الدابة بالتسيير على ما أراد (لا يختلف لأنها) فى أيديهم وتحت تصرفهم وقوله (ثم هو) يعنى الايقاف (أكثر ضررا بالمارة) جواب عما يقال سلمنا ان الايقاف ليس من ضرورات السير لكنه مثله فى كونه تصرفا فى الدابة فليلحق به ووجهه أنه أضر منه (لما أنه) أى الايقاف (أدوم من السير فلا يلحق به) وقوله (والسائق ضامن) لما فرغ من بيان أحكام الراكب بين أحكام السائق والقائد

والمراد

وقوله (والمراد النفحة) أي من قوله لما أصابت بيدها أو رجلها وانما فسر بذلك لئلا يتوهم ان المراد به الوطء فانه يوجب الضمان على السائق والقائد بلا خلاف لاحد فيه وقوله (واليه مال بعض المشايخ رحمهم الله) يعني العراقيين وقوله (فيمكنه الاحتراز عنه) يعني بابعاد الدابة عن المتلف أو بابعاده عنها وقوله (وقال أكثر المشايخ رحمهم الله) يريد مشايخ ماوراء النهر وقوله (ماذكرناه) يعني قوله فلا يمكنه التحرز وقوله (وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار) معطوف على قوله ماذكرناه ومعنى جبار هدر ومعناه النفحة بالرجل لان الوطء مضمون بالاجماع وقوله (وانتقال الفعل) جواب عن قول الشافعي (٣٤٧) رحمه الله لان فعلها مضاف اليهم يعني ان ذلك يكون بالقياس على الاكراه ولا يكاد يصح لان هنالك الانتقال بتخويف القتل وهنا تخويف بالضرب فلا يلحق به قيل وفيه ضعف لانه لم يقل بذلك قياسا على الاكراه وانما قال بناء على أصل آخر وهو أن سير الدابة مضاف الى راكبها ولا كلام فيه وانما الكلام في النفحة ومع ذلك لا يخلو عن ضعف والجواب القوى ماذكره بقوله والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار وأتى برواية الجامع الصغير لاشتمالها على الضابط الكلى وبيان الكفارة وقوله (لما ذكرناه) اشارة الى قوله لان التلف بثقله وقوله (على ماذكرنا) اشارة الى قوله لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وقوله (لان كل ذلك سبب الضمان) يعني أن كل واحد منهما بانفراده عامل في الاتلاف فان السوق لو انفرد عن الركوب أوجب ضمان ما أتلفت بالوطء وكذلك الركوب فلم يجز أن يضاف عمل السوق في الاتلاف الى الركوب بل كان التلف مضافا اليهما نصفين والمسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان سببا لا يعمل في التلف عند انفراده كالحفر فانه لا يوجب التلف منفردا عن الدفع الذي هو مباشرة وتذكر تخصيص العلل ومخلصه فانه من مظانه

والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب قال (وفي الجامع الصغير وكل شئ ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (الا أن على الراكب الكفارة) فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليهما) ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شئ وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لان الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى

في هاتيك المسئلة هنا هو المصنف وذا فرع تفسيره مراد القدوري بالنفحة لا منشأ هذا التفسير كما يوهمه كلامهم * ثم أقول الحق عندي ان معنى قول المصنف والمراد النفحة هو ان مراد القدوري بقوله أو برجلها في مسئلة السائق وبقوله دون رجلها في مسئلة القائد هو النفحة وانه انما فسر بذلك ليتم قوله في مسئلة القائد دون رجلها اذ لو كان المراد الوطء لم يتم ذلك فان وطء الدابة برجلها يوجب الضمان على القائد أيضا بلا خلاف أحد (قوله ووجهه أن النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه) أقول لقائل أن يقول ان يد الدابة أيضا غائب عن بصر القائد اذ القود لا يتيسر الا بالنظر والالتفات الى القدام فيغيب ما في الخلف عن البصر فلا يمكنه التحرز عما أصابته بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمن ذلك أيضا فليتأمل في الدفع (قوله وقال أكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة أيضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه) أقول ولقائل أن يقول ليس على يدها أيضا ما يمنعها به كما كان في فمها من اللجام فلا يمكنه التحرز

(قوله وقوله لما ذكرناه) يعني قوله فلا يمكنه التحرز أقول وقوله أيضا فلا يتقيد فيما لا يمكنه الاحتراز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه حتى يتم جوابا عن حجة الشافعي في الراكب والقائد والسائق (قوله ومع ذلك لا يخلو عن ضعف) أقول فانه اذا كان سير الدابة مضافا الى راكبها تكون النفحة مضافة اليه أيضا (قوله والجواب القوى ماذكره بقوله والحجة عليه ماذكرناه) أقول جواب بطريق المعارضة

وقال (اذا اصطدم فارسان الخ) أي ضرب أحدهما الآخر بنفسه وحكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر وما ذكر زفر والشافعي رحمهما الله وجه القياس وما قلنا وجه الاستحسان وقد روى عن علي رضي الله كلا الوجهين فتعارضت روايتاه فرجحنا قولنا بما ذكرناه يعني قوله لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق الخ

قال المصنف (وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان) أقول قال الزيلعي ألا يرى أن محمدا ذكر في الاصل ان الراكب اذا أمر انسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان والناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان والجواب ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل بدون الالقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند (٣٤٨) الالقاء وجد التلف بهما فأضيف الى آخرهما كمسئلة السفينة اذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان انتهى وقرر صاحب الكفاية تعليل وجوب الضمان عليهما بقوله ذكر محمد في الاصل ان الراكب اذا أمر آخر فنخس الدابة فان وطئت انسانا كان الضمان عليهما وعلل فقال لأن الناخس سائق والآخر راكب فقد بين بما ذكر ان الراكب والسائق في ضمان ما وطئت الدابة يشتركان ولا يختص به الراكب انتهى وأنت خبير بأن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير مع أنه لا يصلح جوابا عما ذكر في الأصل بل هو تحقيق وتفصيل له وكيف لا واللازم منه وجوب الضمان على السائق وهو قد صحح عدم الوجوب فهذا من مثله غريب (قوله لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر) أقول هذا ولعل الاولى أن يقال انما خصهما بالذكر لأن اصطدام الماشيين ليس من هذا الباب لعدم تعلقه بالبهيمة قال المصنف (فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ما ذكر ثم قياس والقياس يصلح حجة وما صلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ما ذكره منقوض بالواقع في البئر عشيه فيكون فاسدا وعن الثاني أن القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة كذا في شرح أكمل الدين وشرح شاهان وقال صاحب الكفاية فان قيل القياس لا يصلح مرجحا لانه علة تثبت به الحكم والترجيح انما يكون بما ليس بعلة قلنا معناه فتعارضت روايتاه فتساقطتا فرجحنا قولنا بما ذكرنا من الدليل أو نقول القياس انما يكون علة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يصلح علة وههنا النص موجود فاذا لم يصر علة يصح به الترجيح أو نقول ما روى أنه أوجب النصف محمول على ما اذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا أيضا انتهى

وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان قال (واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن الموت يضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق

عما أصابت بيدها أيضا فينبغي أن لا يضمنه أيضا فليتأمل في الجواب (قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) قال في النهاية وفي تقييد الفارسين في الكتاب بقوله واذا اصطدم الفارسان ليست زيادة فائدة فان الحكم في اصطدام الماشيين وموتهما بذلك كذلك ذكره في المبسوط سوى ان موت المصطدمين في الغالب انما يكون في الفارسين اه وقال في العناية أخذا من النهاية حكم الماشيين حكم الفارسين لكن لما كان موت المصطدمين غالبا في الفارسين خصهما بالذكر اه وقال في معراج الدراية وكذا الحكم اذا اصطدم الماشيان والتقييد بالفارسين اتفاقي أو بحسب الغالب اه وتبعه الشارح العيني أقول عجب من هؤلاء الشراح مثل هذه التعسفات مع كون وجه التقييد بالفارسين نيرا فان الباب الذي نحن فيه باب جناية البهيمة والجناية عليها ولا يخفى ان اصطدام الماشيين ليس من ذلك في شيء فكان خارجا من مسائل هذا الباب (قوله وروي عن علي رضي الله عنه انه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا) قال في العناية أخذا من

وفيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى فتعارضت جهتا الترجيح والثاني ان ماذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول أن ماذكره منقوض بالواقع في البئر عشيه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة وقوله (وفيما ذكر) جواب عن المسائل المذكورة في جهتهما وذلك لان الفعل لما كان محظورا كان موجبا للضمان ولكن لم يظهر في حق نفسه لعدم الفائدة فسقط ايجابه الضمان في حق نفسه واعتبر في حق غيره فلذلك وجب على عاقلة كل منهما نصف الدية وأما فيما نحن فيه فالمشي مباح محض فلم ينعقد موجبا للضمان في حق نفسه أصلا فكان صاحبه قاتلا له من غير معارضة أحد له في قتله فيجب على عاقلة كل منهما تمام دية الآخر كمن مشى حتى سقط في البئر ضمن الحافر وان كان السقوط بالحفر والمشي جميعا لكن لما كان المشي مباحا لم يعتبر وقوله (هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا) أي وجوب تنصيف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطا الدية الكاملة على ماذكر في الكتاب الا أنه ذكر الخطأ في وضع المسئلة والعمد في بيان قول الخصم وقوله (فيأخذها) أي قيمة العبد ورثة المقتول الحر قيل ينبغي أن تسقط عن العاقلة لان الدية أولا تثبت للميت لا محالة والورثة يخلفونه والعاقلة يتحملون ههنا موجب جنايته فلما هلك الميت ماتحمله العاقلة سقط عنهم كما قلنا في امرأة قطعت يد رجل خطأ فتزوجها على اليد وما يحدث منه فان الدية تصير مهرا وتسقط عن العاقلة وأجيب بأن السقوط انما يكون فيما اذا كان الراجع هو الجاني وههنا الراجع وارثه فبالنظر الى أن المستحق أولا هو الجاني يسقط وبالنظر الى أن الراجع غيره لا يسقط فلا يسقط بالشك والباقي واضح وقوله (لانه قاصد لحفظ هذه الاشياء) يعني السرج وسائر الادوات كما في المحمول على عاتقه اذا وقع على شئ فأتلفه فانه يجب الضمان بخلاف اللباس فانه لا يقصد حفظه وقوله (على ماهر من قبل) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق وقوله (ومن قاد قطارا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر وكلامواضح

هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان أصل أبي حنيفة ومحمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل مازاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ماهر من قبل فيتقيد بشرط السلامة قال (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان الا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله (وان كان معه سائق فالضمان عليهما) لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل أما اذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ماعطب بما هو خلفه ويضمنان ماتلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه

شرح تاج الشريعة فيه بحث من وجهين أحدهما ان الخصم أيضا ترجح جانبه بما ذكره من المعنى والثاني ان ماذكرتم قياس والقياس يصلح حجة وما يصلح حجة لم يصلح مرجحا والجواب عن الاول ان ماذكره منقوض بالواقع في البئر عشيه فيكون فاسدا وعن الثاني ان القياس في مقابلة النص لا يصلح حجة اه أقول ان الجواب عن الثاني بما ذكر ليس بشئ لان القياس انما لا يصلح حجة في مقابلة النص اذا لم يكن ذلك النص متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وأما اذا كان متروك العمل به بأن عارضه نص آخر وتساقطا كما فيما نحن فيه فالقياس يصلح حجة في مقابلته قطعا ألا يرى الى ما تقرر في أصول الفقه ان الدليلين اذا تعارضا وتساقطا يصار من الكتاب الى السنة ومن السنة الى القياس وقول الصحابي ان أمكن ذلك ولو كان القياس لا يصلح فيه حجة في مقابلة النص الذي ترك العمل به لما صح المصير من السنة عند التعارض والتساقط الى القياس اذ يكون القياس اذ ذاك في مقابلة السنة لا محالة والصواب

قال (وان ربط رجل بعيرا الى القطار الخ) رجل ربط بعيرا الى قطار يقوده رجل فاما ان يعلم بربطه القائد أو لم يعلم فان كان الثانى وقد وطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لامكان تحرزه عن ربط الغير فاذا ترك ذلك صار متسببا متعديا والدية فى مثله على العاقلة كما فى القتل الخطا ثم ترجع عاقلة القائد بما ضمنوا من الدية على عاقلة الرابط لانه هو الذى أوقعهم فى هذه العهدة كذا فى الجامع الصغير ووقع فى رواية المبسوط ضمن القائد ثم يرجع على الذى ربط البعير و وفق الامام المحبوبى رحمه الله بينهما بانه اعتبر فى المبسوط حقيقة الضمان فانه فى الحقيقة على القائد والرابط الا أن العواقل تعقل عنهما واعتبر فى الجامع الصغير حال الضمان وقراره وهو على العاقلة وان كان الاول لم يرجعوا الا ان القائد حين علم بالربط فقد رضى بما يلحقه من الضمان فلا يرجعون عليهم بشئ ولم يذكره لظهوره وقوله (وانما لا يجب الضمان عليهما ابتداء) ظاهر وقوله (قالوا) يعنى أن لفظ الجامع الصغير غير متعرض للسير والوقوف والمشايخ رحمهم الله قالوا هذا أى رجوع عاقلة القائد على عاقلة الرابط اذا ربط والقطار يسير أما اذا ربط والابل قيام ثم قادها فانه يضمنها القائد بلا رجوع على أحد والوجه ماذكره فى الكتاب وقوله (ومن أرسل بهيمة) يريد كلبا لقوله بعده وكذا لو أرسل كلبا ومعنى سوقه اياه ان يمشى خلفه (ولو أرسل طيرا) أى بازيا وساقه فأصاب فى فوره بأن قتل صيدا مملوكا لم يضمن المرسل السائق لعدم اعتبار السوق والارسال فيه فى حق الضمان حتى لو كان ذلك فى الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شئ وبخلاف وقوله (انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق سواه) أى سوى طريق اليمنى واليسرى بأن كان على الجادة ماء أو وحل فحينئذ لا ينقطع حكم الارسال كما لو لم ينعطف يمنة ويسرة وقوله (وكذلك اذا وقفت ثم سارت) أى ينقطع حكم الارسال وقوله (وهذه) أى وقفة الدابة تنافى مقصود المرسل وهو السير فان مقصوده من الارسال هو السير لا الوقوف

قال (وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية) لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفى التسبيب الدية على العاقلة كما فى القتل الخطا (ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط) لانه هو الذى أوقعهم فى هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما فى الابتداء وكل منهما مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه أمر بالقود دلالة فاذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط أما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصابت فى فورها يضمنه) لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق قال (ولو أرسل طيرا وساقه فأصاب فى فوره لم يضمن) والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو أرسله الى صيد ولم يكن له سائقا فأخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق أن البهيمة مختارة فى فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الحقيقة الا أن الحاجة مست فى الاصطياد فأضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة فى حق ضمان العدوان وروى عن أبى يوسف انه أوجب الضمان فى هذا كله احتياطا صيانة لاموال الناس قال رضى الله عنه وذكر فى المبسوط اذا ارسل دابة فى طريق المسلمين فأصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال فى الاصطياد ثم سارت فأخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافى مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال.

فى الجواب عن الثانى أن يقال مراد المصنف بقوله فرجحنا بما ذكرنا انا رجحنا قولنا بما ذكرناه من المعقول الذى مآله القياس بعد ان تعارضت روايتاه لا أنا رجحنا احدى الروايتين بما ذكرناه من الدليل العقلى حتى يتجه عليه ان ما يصلح حجة لا يصلح مرجحا بقى ههنا شئ وهو انهم صرحوا بأن ما ذكره زفر والشافعى جواب القياس وما قلناه جواب الاستحسان واذا تعارضت الروايتان عن على رضى الله عنه وتساقطتا فكان مصيرنا فى اثبات قولنا الى ما ذكرناه من المعقول الذى مآله القياس لزم أن يكون ما قلناه جواب القياس أيضا فما معنى قولهم انه جواب الاستحسان والجواب ان الاستحسان لا ينحصر فى النص بل قد يكون بالنص كما فى السلم والاجارة وبقاء الصوم فى النسيان وقد يكون بالاجماع كما فى الاستصناع وقد يكون بالضرورة كما فى طهارة الحيض والآبار وقد يكون بالقياس الخفى وهو الاكثر كما صرح بذلك كله فى كتب الاصول فالمراد بالاستحسان فى قولهم هنا وما قلناه جواب الاستحسان

(قوله بأن كان على الجادة ماء أو وحل الخ) أقول فيه بحث

وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نفسا أو مالا فى فوره لا يضمنه من أرسله وفى الارسال فى الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن ما تولد منه أما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدى قال (ولو أرسل بهيمة فأفسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت يمينا أو شمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لاضمان على صاحبها) لقوله عليه الصلاة والسلام جرح العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هى المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال (شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها) لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان (وفى عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا فى عين الحمار والبغل والفرس) وقال الشافعى فيه النقصان أيضا اعتبارا بالشاة

وقوله (وبخلاف) معطوف على قوله بخلاف ما اذا وقفت لان حكمها مخالف لحكم أصل المسئلة وتبين به الفرق بين الارسالين كما بين بقوله بخلاف ما اذا وقفت الفرق بين الوقفتين وقوله (على فوره) اى فور الارسال وهو أن لا تميل يمينا ولا شمالا وقوله (لما مر) اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال وقوله (قال محمد رحمه الله هى المنفلتة) أى العجماء التى أهدر النبى صلى الله عليه وسلم فعلها هى المنفلتة لا التى أرسلت فان افسادها اذا كان فى فور الارسال ليس بجبار كما ذكرنا آنفا فكان تفسيره احترازا عن الاجراء على عمومه وقوله (من الارسال واخواته) يعنى السوق والقود والركوب قال فى النهاية كان من حق الكلام أن يقول من الارسال وامثاله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ السوق والقود لما كان اختا لا اخا للارسال كان الارسال أختا أيضا والا يلزم جعل بعض أسباب التعدى أخا وبعضها أختا من غير دليل وليس بشئ لانه ليس ههنا مؤنث معنوى خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك قال (شاة لقصاب فقئت عينها) الجزر القطع وجزر الجزور نحرها والجزور ما أعد من الابل للنحر يقع على الذكر والانثى وهى مؤنث وانما قال وجزوره ربع القيمة ولم يقل وبعيره ليتبين أن البقر والابل وان أعد للحم كالشاة لا يختلف الجواب فيهما بل سواء كانا معدين للحم أو للحرث والحمل والركوب ففيه ربع القيمة كما فى الذى لا يؤكل لحمه كالبغل والحمار وقال الشافعى رحمه الله فيه النقصان واعتباره بالشاة عمل بالظاهر

هو القياس الخفى المقابل للقياس الجلى فلا اشكال (قوله أما الارسال للاصطياد فمباح) قال بعض الفضلاء نعم الا أنه لم لا يكن مقيدا بشرط السلامة اه أقول جوابه يظهر بقول المصنف رحمه الله ولا تسبيب الا بوصف التعدى فان كون الفعل المباح مقيدا بشرط السلامة انما هو فيما وجد فيه التعدى كما فى المرور فى طريق المسلمين حيث يوجد فيه شغل الطريق الذى هو حق العامة وأما فيما لا يوجد فيه التعدى كما فى الارسال للاصطياد فلا معنى للتقييد بشرط السلامة لان الضمان فى أمثال ذلك انما يتصور بالتسبيب ولا تسبيب الا بوصف التعدى وحيث لم يوجد التعدى لم يتصور التسبيب فلا ضمان أصلا وقد أوضح الفرق بين ارسال الدابة فى الطريق وبين ارسال الكلب أو البازى للاصطياد فى الذخيرة حيث قال وجه الفرق ان ارسال الدابة فى الطريق اذا لم يتبع مع الدابة وأمكنه الاتباع تعد من صاحبه فما تولد منه يكون مضمونا عليه وأما ارسال الكلب أو البازى من غير اتباع معه فليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع والمتسبب فى الاتلاف لا يضمن الا اذا كان متعديا اه تبصر (قوله ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته) وهى السوق والقود والركوب كذا فى عامة الشروح وقال فى النهاية بعد بيانها على النمط المزبور كان من حق اللفظ أن يقول من الارسال وأمثاله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة اذ السوق أو القود لما كان أختا لا أخا للارسال كان الارسال أختا أيضا والا يلزم جعل بعض أسباب التعدى أخا وبعضها أختا من غير دليل اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية وليس بشئ لانه ليس هنا مؤنث معنوى خولف فيما يقتضيه حتى يناقش على ذلك اه أقول ليس هذا دافع لما قاله صاحب النهاية فانه لم يقل كان من حق اللفظ أن يؤتى بأداة التأنيث البتة حتى يقال ليس هنا مؤنث معنوى يقتضى الاتيان بأداة التأنيث بل قال كان حقه أن يجعل أسباب التعدى فى قرن واحد من التذكير والتأنيث بأن يقال من الارسال وأمثاله أو يقال من الارسال وأخواتها والا يلزم جعل بعضها مذكرا وبعضها مؤنثا من غير أمر يدعو اليه وما ذكره صاحب العناية لا يدفع ذلك لا محالة ثم أقول الوجه فى دفع ذلك أن يقال لما جاز تذكير كل واحد من تلك الاسباب باعتبار ما فى ظاهر لفظ كل واحد منها وفى معناه من التذكير وجاز تأنيث كل واحد منها بتأويل لفظه بالكلمة أو تأويل معناه بالفعلة

قال المصنف (أما الارسال للاصطياد فمباح) أقول نعم الا أنه لم لا يكون مقيدا بشرط السلامة (قوله أو يقول من الارسال واخواتها بتأويل الكلمة) أقول الاظهر بتأويل الفعلة اذ ليس المراد بالارسال واخواتها الالفاظ بل معانيها (قوله والركوب) أقول البقر ما خلقت للركوب والحمل الا أن يقال لا قائل بالفصل بين البقر والابل

ولنا ماروى ان النبى عليه الصلاة والسلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمى وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى ايجاب الربع وبالشبه الآخر فى نفى النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل فكأنها ذات أعين أربعة فيجب الربع بفوات احداها قال (ومن سار على دابة فى الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة اليه كأنه فعله بيده

ولنا ماروى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجب ذلك وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بذلك فتركنا القياس فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب أن المعنى الذى أوجب ذلك فى غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود فى مأكول اللحم فيلحق به وقوله (ولان فيها مقاصد سوى اللحم) دليل معقول على ذلك وهو واضح وفيه اشارة الى الجواب عن القياس على الشاة فان المقصود منها اللحم وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية وقوله (ولانه انما يمكن اقامة العمل بها) دليل آخر وهو أيضا واضح لكن الاعتماد على الاول ألا ترى ان العينين لا يضمنان بنصف القيمة كذا قاله فخر الاسلام رحمه الله وانما قال ذلك لان المعمول به فى هذا الباب النص وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه وقوله (أو نخسها) يعنى بغير اذن الراكب والنخس هو الطعن ومنه نخاس الدواب دلالها فان قيل القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا وان لم يكن متعديا لان التعدى ليس من شرطه فان لم يختص به فلا أقل من الشركة فالجواب أن القياس يترك بالاثر وفيه أثر عمر وابن مسعود رضى الله عنهما وقد أشار المصنف رحمه الله الى الجواب بقوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس لان فعل الراكب قد انتقل الى الدابة لان الوثبة المهلكة انما كانت منها فكان مضطرا فى حركته

صح فى كل واحد منها الوجهان ثم ان المصنف لما قصد رعاية صنعة المطابقة وهى الجمع بين المتضادين كما فى قوله تعالى ولكم فى القصاص حياة على ماعرف ذكر بعض تلك الاسباب وأنث بعضها فقال من الارسال وأخواته تدبر تقف (قوله ولنا ماروى أن النبى عليه الصلاة والسلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة) قال فى العناية فان قيل يجوز أن يكون قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما لا يؤكل لحمه فالجواب ان المعنى الذى أوجب ذلك فى غير المأكول من الحمل والركوب والزينة والجمال والعمل موجود فى مأكول اللحم فيلحق به اه أقول فى الجواب نظر اذ للمانع أن يمنع ان المعنى الذى أوجب ذلك فى غير مأكول اللحم تلك الامور المذكورة وحدها لجواز كون أن لا يقصد منه اللحم أصلا كما يقصد ذلك من الشاة داخلا فى كون ذلك المعنى أيضا وهو غير موجود فى مأكول اللحم اذ قد يقصد منه اللحم كما تقصد تلك الامور المذكورة أيضا فلا يتم الالحاق كما لا يخفى (قوله ولان فيها مقاصد سوى اللحم الخ) أقول فيه كلام أما أولا فلأن هذا الدليل لا يتمشى فى غير مأكول اللحم كالحمار والبغل والفرس بل هو بحكم انعكاسه يقتضى أن يكون الجواب فى غير مأكول اللحم غير الجواب فى مأكول اللحم مع ان الجواب فيهما متحد وان كلا منهما داخل فى المدعى هنا وأما ثانيا فلأن قوله بشبه الآدمى فى ايجاب الربع يعنى عملنا بشبه الآدمى فى ايجاب الربع ليس بواضح لان شبه الآدمى لا يقتضى ايجاب الربع بل يقتضى ايجاب النصف لان الواجب فى الآدمى فى الجناية المزبورة هو النصف وانما المقتضى لايجاب الربع مجموع الشبهين كيف ولو كان المقتضى لايجاب الربع شبه الآدمى فقط لما احتيج الى العمل بالشبه الآخر كما لا يخفى فالظاهر فى الاداء أن يقال فعملنا بالشبهين بشبه الآدمى فى ايجاب المقدر من غير اعتبار النقصان وبالشبه الآخر فى نفى النصف الواجب فى عين الآدمى فوجب الربع عملا بهما وقد أشار اليه صاحب الكافى حيث قال فأشبه الانسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب فى الانسان عملا بهما اه نعم مراد المصنف أيضا هذا المعنى لكن عبارته لا تساعده كما ترى (قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة اليه كأنه فعله بيده) أقول يرد عليه ماذكره فيما مر فى مسئلة السائق والقائد جوابا عن الشافعى بقوله

(قوله والجمال والعمل موجود الخ) أقول فيه بحث ولان (قوله فان قيل القياس يقتضى أن يكون الضمان على الراكب لكونه مباشرا) أقول ممنوع بل سبب هنا ويجوز أن يقال أشار الى هذا الشارح بقوله ان فرض مباشرا قال المصنف (فأضيف فعل الدابة اليه كأنه فعله بيده) أقول مخالف لما أسلفه فى هذا الباب مجيبا عن الشافعى وانتقال الفعل بتخويف القتل كما فى المكره وهذا تخويف بالضرب تأمل

وفعل الدابة قد انتقل الى الناخس لكونه الحامل لها على ذلك ملجئا فكان الناخس بمنزلة الدافع للدابة والراكب معها على ما فعل في الدابة والمدفوع الى الشيء وان كان مباشرا لا يعتبر مباشرا كما في الاكراه الكامل فلا يجب عليه جزاء المباشرة ان فرض مباشرا ولا التسبيب أيضا لانه يعتمد التعدي وهو مفقود فان قيل ما بال النفحة أوجبت الضمان على الناخس دون الراكب والسائق أيضا عند أكثر المشايخ رحمهم الله وهي مما لا يمكن التحرز عنها فالجواب انها لا توجبه على السائق اذا كان بالاذن وههنا بلا اذن فلو نخس وهو مأذون كان سائقا وامكان التحرز انما يمكن في حق غير المتعدي وغير المأذون بذلك متعد فلا يعتبر وقوله (ولان الناخس متعد في تسبيبه) دليل آخر وفيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي (٣٥٣) ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بأن الراكب مباشر فيما اذا اتلفت بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام ههنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس في التغريم للتعدي وفي استعمال الترجيح ههنا تسامح لان شرطه اذا كان مفقودا لا يصلح معارضا حتى يحتاج الى الترجيح ولعل معناه اعتبر موجبا في التغريم لان الترجيح سبب الاعتبار فكان ذكر السبب وارادة المسبب وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله ولان الراكب والمركب مدفوعان وفي النهاية هو قوله لانه متعد في تسبيبه وليس بشيء فتأمل وقوله (والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء) يعني يجب الضمان على الناخس في كل حال وقيد بملكه احترازا عما تقدم من الايقاف في غير الملك فانه يتنصف الضمان هناك على عاقلتهما وقوله (والثاني) أي الوطء (مضاف الى الناخس) لانه كالسائق لها والسائق مع الراكب يضمنان ما وطئته الدابة وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف رحمهما الله

ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف أيضا قال (وان نفحت الناخس كان دمه هدرا) لانه بمنزلة الجاني على نفسه (وان ألقت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس) لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة قال (ولو وثبت بنخسه على رجل أو وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن أبي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه أمره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح أمره به وانتقل اليه لمعنى الأمر

وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب بوجه الورود غير خاف على الفطن الناظر في المقامين (قوله ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي) قال صاحب العناية فيه نظر لان الراكب ان كان فعله معتبرا فهو مباشر والتعدي ليس من شرطه وان لم يكن معتبرا لكونه مدفوعا فقد استغنى عن ذكره بذكر الدليل الاول ويمكن أن يجاب عنه بان الراكب مباشر فيما اذا تلف بالوطء لانه يحصل التلف بالثقل كما تقدم وليس الكلام هنا في ذلك وانما هو في النفح بالرجل والضرب باليد والصدمة فكانا متسببين وترجح الناخس في التغريم للتعدي اهـ كلامه أقول في الجواب نظر لان حاصله اختيار الشق الاول من الترديد ومنع كون الراكب مباشرا فيما نحن فيه فيصير حينئذ مدار هذا الدليل أن يكون فعل الراكب معتبرا فيلزم أن يكون مضمون هذا الدليل منافيا لمضمون الدليل المتقدم عليه لان مداره أن لا يكون فعل الراكب معتبرا لكونه مدفوعا بدفع الناخس فيتدافعان اللهم الا أن يحمل أحدهما على الفرض والآخر على التحقيق فتأمل (قوله وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه أمره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فيصح أمره به وانتقل اليه لمعنى الامر) أقول لقائل أن يقول هب ان النخس في معنى السوق وان الراكب كان يملكه فأمر الناخس به لكن الامر به انما يتناوله من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف كما سيجيء التصريح به في المسئلة الآتية فمن حيث انه اتلاف ينبغي أن يقتصر على الناخس ولا ينتقل الى الراكب فيجب على الناخس الضمان

(قوله ههنا تسامح لان شرطه الخ) أقول أي شرط سببية فعل الراكب للضمان وهو التعدي والضمير راجع الى فعل الراكب والشرط ليس شرطا له نفسه بل لاعتباره في التغريم فيؤول المعنى الى ما ذكرنا (قوله لا يصلح معارضا) أقول أي لا يصلح فعل الراكب معارضا لفعل الناخس (قوله ولعل معناه الخ) أقول فيه بحث (قوله وليس بشيء فتأمل) أقول لورود النظر المذكور آنفا

وقوله (مضاف اليهما) أى الى الراكب والناخس وفى بعض النسخ اليها أى الى النخسة وقوله (ولا يتناوله من حيث انه اتلاف) لوجود انفصال السوق عن الاتلاف فليس عينه ولا من ضروراته وقوله (يقتصر عليه) أى على الناخس لان الراكب أذن له بالسوق لا بالايطاء والاتلاف وقوله (والركوب وان كان علة) جواب سؤال تقريره الراكب صاحب علة للوطء على معنى أنه يستعمل رجل الدابة فى الوضع والرفع فكان ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة ولهذا يجب عليه الكفارة دون الناخس والناخس صاحب شرط فى حق فعل الوطء والاضافة الى العلة أولى ووجهه أن الركوب وان كان علة للوطء لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتأخره عن الركوب بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء فكان الوطء ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما وقد مثل لذلك بما ذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله (وصار كما اذا أمر صبيا يستمسك) انما قيد بذلك لانه اذا لم يستمسك فلا ضمان على أحد أما على الصبى فلان مسكه بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه وأما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى أحد كانت منفلتة وفعلها جبار وقوله (والناخس اذا كان عبدا) يعنى ونخس بغير اذن الراكب فالضمان فى رقبته يدفع بها أو يفدى والباقى ظاهر الى آخره والله أعلم

قال (ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما نصفين جميعا اذا كانت فى فورها الذى نخسها) لان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط أو علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما أن الحفر شرط علة أخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الايطاء لانه فعله بأمره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما أراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا أمر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبى فانهم لا يرجعون على الامر لانه أمره بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء فى فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن فى فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع أثر النخس فبقى السوق مضافا الى الراكب على الكمال (ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فأصابت فى فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره) لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان فى رقبته وان كان صبيا ففى ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما (ولو نخسها شئ منصوب فى الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشئ) لانه متعد بشغل الطريق فأضيف اليه كأنه نخسها بفعله والله اعلم

لتعديه فى الاتلاف كما فى المسئلة الآتية فتفكر فى الفرق ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت فى فورها الذى نخسها لان سيرها فى تلك الحالة مضاف اليهما) أقول ولقائل أن يقول الراكب مباشر فيما أتلف بالوطء لحصول التلف بثقله وثقل الدابة جميعا كما صرحوا به والناخس مسبب كما مر فى الكتاب واذا اجتمع المباشر والمسبب فالاضافة الى المباشر أولى كما صرحوا به سيما فى مسئلة الراكب والسائق فما بالهم جزموا هنا باضافة الفعل الى الراكب والناخس معا وحكموا بوجوب الدية عليهما جميعا فتدبر (قوله والاذن يتناول فعله من حيث السوق ولم يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه) قال فى النهاية أى يقتصر الضمان على الناخس أقول ليس هذا بشرح صحيح اذ مقتضى هذا الوجه وهو حيثية كون فعل الناخس اتلافا أن يكون الناخس متعديا بكونه مسببا لجناية الدابة ولا يلزم منه أن لا يوجد هنالك مسبب آخر أو مباشر حتى يلزم اقتصار الضمان على الناخس وقد وجد فى مسئلتنا فان الراكب فيها مباشر ولا أقل من ان يكون أيضا مسببا فلا يقتصر الضمان على الناخس بل يجب عليه وعلى الراكب جميعا كما هو جواب المسئلة فالصواب أن مراد المصنف بقوله فمن هذا الوجه يقتصر عليه أى فمن هذا الوجه يقتصر فعل الناخس وهو النخس على الناخس أى لا ينتقل الى الآمر وهو الراكب كما ينتقل اليه من وجه آخر وهو حيثية كونه سوقا كما فى المسئلة الاولى فحينئذ ينتظم الكلام ويتم المرام كما لا يخفى على ذوى الافهام (قوله والناخس اذا كان عبدا فالضمان فى رقبته) قال فى العناية قوله

قال المصنف (اذا كانت فى فورها الذى نخسها) أقول قوله الذى بدل من الضمير المضاف اليه وتذكير اسم الموصول بنوع تأويل أو صفة له على مذهب الكسائى (قوله يعنى ونخس بغير اذن الراكب الخ) أقول فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء فى فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفى عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب قال العلامة الكاكى الا أن المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ونصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه فى نخس الدابة واذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع على المستعمل له اهـ

(باب

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد وأخره لانحطاط رتبته عن رتبته لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك قال (واذا جنى العبد جناية خطا) اعلم أن التقييد بالخطا هنا مفيد في الجناية في النفس لانه اذا كان عمدا يجب القصاص وأما فيما دون النفس فلا يفيد لان خطا العبد وعمده فيما دون النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبد والعبد ولا بين العبيد والاحرار فيما دون النفس وقوله (قيل لمولاه اما تدفعه بها أو تفديه) يعني بعد الاستيفاء فانه لا يقضي على المولى بشيء في ذلك حتى يبرئ المجني عليه اعتبارا لجناية العبد بجناية الحر وقد بينا انه يستأني في جناية الحر لان موجبها يختلف بالسراية وعدمها والقضاء قبل الاستيناء قضاء بالمجهول وهو لا يجوز وقوله (وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق) فعنده الوجوب على العبد فيتبعه المجني عليه بعد العتق وعندنا الوجوب على المولى دون العبد فلا يتبعه بعد العتق لانه بالعتق صار مختار الفداء

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال (واذا جنى العبد جناية خطا قيل لمولاه اما أن تدفعه بها أو تفديه) وقال الشافعي جنايته في رقبته يباع فيها الا أن يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق

والناخس اذا كان عبدا يعني ونخس بغير اذن الراكب فالضمان في رقبته يدفع بها أو يفدى اه وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه اذا كان التلف بالوطء في فور النخسة فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفع مولاه أو يفديه على ما صرحوا به اذا كان النخس باذن الراكب اه أقول بحثه ساقط فان مراد صاحب العناية ان جواب هذه المسئلة على وجه الاطلاق من غير تفصيل كما ذكر في الكتاب انما هو فيما اذا نخس بغير اذن الراكب لانه لا يتصور كون الضمان في رقبته في شيء من الصور الا اذا كان نخس بغير اذن الراكب لا أنه يتصور حتى يتجه عليه ان في صورة التلف بالوطء في فور النخس يجب على عاقلة الراكب نصف الدية وفي رقبة العبد نصفها اذا كان النخس باذن الراكب كما صرحوا به ويرشد الى كون مراد صاحب العناية ما ذكرناه ان صاحب النهاية وغيره قالوا في شرح قول المصنف والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب وأما اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نفحة أو وطء فقد ذكر حكمها في المبسوط وقال اذا كان الرجل يسير في الطريق فأمر عبد الغير فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما لان فعل المأمور كفعل الآمر عبدا كان المأمور أو حرا وان وطئت في فورها ذلك انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدابة وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه أو يفديه بمنزلة السائق مع الراكب الا أن المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان بذلك السبب كان للمولى أن يرجع به على المستعمل له اه تأمل

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ من بيان أحكام جناية المالك وهو الحر والجناية عليه شرع في بيان أحكام جناية المملوك وهو العبد وأخره لانحطاط رتبة العبد عن رتبة الحر كذا في الشروح أقول فيه شيء وهو ان لقائل أن يقول ما وقع الفراغ من بيان أحكام جناية الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية الحر على العبد وهو انما يتبين في هذا الباب وكذا ما وقع الفراغ من بيان أحكام الجناية على الحر مطلقا بل بقي منه بيان حكم جناية العبد على الحر وهو أيضا انما يتبين في هذا الباب فالاظهر أن يقال لما فرغ من بيان جناية الحر على الحر شرع في بيان جناية المملوك والجناية عليه ولما كان فيه تعلق بالمملوك البتة من جانب أخره لانحطاط رتبة المملوك عن المالك ثم قال صاحب العناية لا يقال العبد لا يكون أدنى منزلة من البهيمة فكيف أخر باب جنايته عن باب جناية البهيمة لان جناية البهيمة كانت باعتبار الراكب أو السائق أو القائد وهم ملاك اه أقول فيه أيضا شيء اذ لقائل أن يقول ان أراد ان جناية البهيمة كانت البتة باعتبار الراكب أو السائق أو القائد فهو ممنوع فان جنايتها بطريق النفحة برجلها أو ذنبها وهي تسير لا يكون باعتبار أحد منهم والا وجب عليهم الضمان في تلك الصورة وليس كذلك كما عرف في بابها وكذا الحال فيما اذا أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عين انسان أو أفسد ثوبه وكذا اذا انفلتت فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا كما عرف كل ذلك أيضا في بابها وان أراد ان جنايتها قد تكون باعتبار أحد منهم فهو مسلم ولكن لا يتم به تمام التقريب ويمكن أن يقال الصور التي لا يجب فيها من فعل البهيمة ضمان على أحد بل يكون فعلها هدرا انما لا يترتب عليه حكم

وقوله (والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم) فعن ابن عباس رضى الله عنه مامثل مذهبنا قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداه وهكذا روى عن على ومعاذ بن جبل رضى الله عنهما وغيرهما وروى عن على رضى الله عنه مثل مذهبه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جناياتهم فى قيمتهم أى فى أثمانهم لان الثمن قيمة العبد وقوله (فتجب فى ذمته) أى فى ذمة العبد كما فى الدين فان الدين فى ذمته يكون شاغلا لمالية رقبته يباع فيه الا أن يقضى المولى دينه كذلك ضمان الجناية وكذا فى الجناية على المال وفى بعض النسخ

والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضوان الله عليهم له أن الاصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف لانه هو الجانى الا أن العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندى بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب فى ذمته كما فى الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما فى الجناية على المال ولنا أن الأصل فى الجناية على الآدمى حالة الخطا أن تتباعد عن الجانى تحرزا عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجانى اذا كان له عاقلة

من أحكام الجناية فى الشرع وانما ذكرت فى بابها استطرادا وبناء الكلام هنا على ماله حكم من الاحكام الشرعية فيتم التقريب (قوله والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم) قال فى الكافى والكفاية فعن ابن عباس رضى الله عنه مثل مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما مثل مذهبه وقال تاج الشريعة عن ابن عباس رضى الله عنه كما هو مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما كما هو مذهبهما فانهما قالا عبيد الناس أموالهم وجناياتهم فى قيمتهم أى أثمانهم وقال فى غاية البيان روى أصحابنا كالقدورى وغيره فى كتبهم عن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال اذا جنى العبدان شاء دفعه وان شاء فداه وعن عمر رضى الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم وجناياتهم فى قيمتهم وعن على رضى الله عنه مثله وقال فى معراج الدراية روى عن على رضى الله عنه أنه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جناياتهم فى رقاب الناس كمذهبنا وهكذا روى عن ابن عباس ومعاذ بن جبل وأبى عبيدة بن الجراح رضى الله عنهم وروى عن عمر رضى الله عنه مثل مذهبه فانه قال عبيد الناس أموالهم جزاء جناياتهم فى قيمتهم أى فى أثمانهم لان الثمن قيمة العبد اه أقول قد اضطربت كلماتهم فى الرواية عن على رضى الله عنه فبعضهم نقل الرواية عنه مثل مذهب الخصم وبعضهم نقلها عنه مثل مذهبنا كما ترى * ثم أقول قد خالف الكل هنا صاحب البدائع حيث قال ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن على وعبد الله بن عباس مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل الانكار عليهما من أحد منهم فيكون اجماعا منهم اه ولا يخفى أنه يخالف قول العامة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله تعالى عنهم (قوله ولنا ان الاصل فى الجناية على الآدمى فى حالة الخطا أن تتباعد عن الجانى الخ) قال صاحب العناية فيه بحث وهو ان الحكم فى المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على اصل فمن أين يقوم لاحد ناحجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعى رحمه الله تعالى جعل وجوب موجب جنايته فى ذمته كوجوب الدين فى ذمته وكوجوب الجناية على المال فنحن اذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فيبطل وقد بين المصنف ذلك بقوله بخلاف الذمى فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر وقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فيجب فى ذمته وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند الى النص الذى لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفارق الى هنا كلامه أقول جوابه ليس بتام أما أولا فلأنه لا شك أن مدار دليل الشافعى ليس على قياس وجوب موجب جناية العبد فى ذمته على وجوب الدين

كما فى الذمى يعنى اذا قتل الذمى رجلا خطأ تجب ديته فى ذمته لا على عاقلته كما فى اتلاف المال وقوله بعد هذا بخلاف الذمى يدل على صحة هذه النسخة وقوله (ولنا أن الأصل الخ) ظاهر وفيه بحث وهو أن الحكم فى المسئلة مختلف فان حكمها عندنا الوجوب على المولى وعنده الوجوب على العبد كما ذكرنا وهو بناء على أصل ونحن على أصل فمن أين يقوم لاحدنا حجة على الآخر ويمكن أن يقال الشافعى رحمه الله جعل موجب جنايته فى ذمته كوجوب الدين فى ذمته وكوجوب الجناية على المال ونحن اذ بينا الفرق بينهما بقى أصله بلا أصل فبطل وقد بين المصنف رحمه الله ذلك بقوله بخلاف الذمى فانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر وبقوله وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال فتجب فى ذمته وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند الى النص الذى لا يعقل ابطاله ليس بمقيس على أصل يبطل بابداء الفارق على أن قوله ان الأصل فى موجب الجناية أن يجب على المتلف والمولى يبطل أيضا بقولنا الاصل ذلك فى موجب الجناية العمد أو الخطا والاول مسلم ولا يفيده اذ الكلام فى الخطا والثانى عين النزاع وقوله (لانه هو الجانى) غير مفيد لانه يحتاج أن يقول والأصل فى الجانى أن يكون موجب جنايته على نفسه لانه المتلف فهو مصادرة على المطلوب

(قوله فعن ابن عباس مثل مذهبنا قال اذا جنى العبد) أقول يعنى قال ابن عباس اذا جنى العبد الخ (قوله وأما أصلنا فهو ثابت فى نفسه مستند الى النص الذى لا يعقل ابطاله) أقول بل النص يدل على خلافه وهو حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا الحديث

وقوله (الأأنه مخير) استثناء من قوله والمولى عاقلته جواب عما يقال لو كان المولى عاقلته لما كان مخيرا كما في سائر العواقل ووجه ذلك ماذكره في الكتاب وتحقيقه أن الخطأ يوجب التخفيف ولما كان في سائر العواقل كثرة ظهر فيها بالتوزيع والقسمة على وجه لا يوجب الاجحاف وأما ههنا فالمولى واحد فأظهرناه فيه باثبات الخيار وقوله (غير أن الواجب الاصلى هو الدفع) جواب عما يقال لو وجب الجناية في ذمة المولى حتى وجب التخيير لما سقط بموت العبد كما في الحر الجاني اذا مات فان العقل لا يسقط عن عاقلته ووجهه أن الواجب الاصلى هو الدفع وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فان الموجب الاصلى فيه جزء من النصاب وللمالك أن ينتقل الى القيمة (ولهذا) أى ولكون الواجب الاصلى هو الدفع يسقط الموجب بموت العبد لفوات المحل وقوله (في الصحيح) احتراز عن رواية أخرى ذكرها التمرتاشي رحمه الله ان الدية هو الاصل ولكن للمولى أن يدفع هذا الواجب بدفع الجاني وانما كان ذلك صحيحا لماذكر في الأسرار أن بعض مشايخنا رحمهم الله ذكر أن الواجب الاصلى هو الارش على المولى وله المخلص بالدفع ثم قال والرواية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد وقوله (بخلاف موت الحر الجاني) جواب عما ذكرههنا مستشهدا به كما ذكرناه آنفا ووجهه أن الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار

والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على أهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر و بخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير أن الواجب الاصلى هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال (فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا) أما الدفع فلأن التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين

في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته حتى يلزم من بيان الفرق بين المقيس والمقيس عليه أن يبقى مذهبه بلا أصل بل مدار دليله على ان لا عاقلة للعبد بناء على ان العقل عنده بالقرابة لا غير وانما ذكر وجوب الدين في ذمته ووجوب الجناية على المال في ذمته في ذيل دليله لمجرد التنظير كما يرشد الى ذلك كله تقرير المصنف فلا يلزم من بيان الفرق بين مسئلتنا وبين ماذكره بطريق التنظير بقاء أصله بلا أصل كما لا يخفى وأما ثانيا فلأن للشافعي أن يقول أصلنا مستند الى النص كما ان أصلكم مستند الى النص وهو ماروى عن عمر رضي الله عنه ليس بمقيس على ما يبطل بابداء الفرق * ثم أقول الحق في الجواب عن البحث المذكور أن يقال الكلام في تعليل هذه المسئلة من قبيل رد المختلف الى المختلف وهو ان العاقلة من هي فقال الشافعي هي أهل العشيرة وقلنا هي أهل النصرة وقد ذكر ذلك في أوائل كتاب المعاقل مدللا ومفصلا وقد قامت لنا حجة على الشافعي هنالك فاكتفينا ههنا بجعل ذلك المختلف أصلا لهذا المختلف كما ترى (قوله والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به) قال بعض الفضلاء أليس يخالف هذا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا اهـ وقال صاحب التسهيل يشكل هذا على مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى أن العبد اذا جنى على الحر لا يعقله العاقلة عنده فلا يصح هذا التعليل على مذهبه اهـ وذكره أيضا بعض العلماء في حاشيته على شرح صدر الشريعة للوقاية أخذا من التسهيل كما هو حاله في أكثر ايراداته في تلك الحاشية أقول في الجواب عما ذكره كلهم هنا ان لفظة العاقلة انما تطلق على الجماعة لا على الواحد كما يفصح عنه كلام الفقهاء وكلمات أهل اللغة أيضا فان الفقهاء قالوا العاقلة الذين يعقلون أي يؤدون العقل وهو الدية كما سيجيء في الكتاب وفي المغرب العاقلة هي الجماعة التي تغرم الدية وهم عشيرة الرجل أو أهل دوانه أي الذين يرتزقون من ديوان على حدة اهـ وقال في الصحاح وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الاب الذين يعطون دية من قتله خطأ وقال أهل العراق هم أصحاب الدواوين اهـ الى غير ذلك من المعتبرات فاذا تقرر هذا تبين ان المراد بما في الحديث ان العواقل

كالعبد في صدقة الفطر في أنها تجب عن العبد على المولى ولا تسقط بموت العبد قال (فان دفعه ملكه ولي الجناية) فان دفع المولى العبد الجاني ملكه المجني عليه (وان فداه فداه بارش الجناية) وكل ذلك يلزمه حالا أما الدفع فلان الواجب عند اختياره عين العبد وهو ظاهر فالتأجيل في الاعيان باطل لان التأجيل شرع للتحصيل ترفها وتحصيل الحاصل باطل

قال المصنف (والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به) أقول أليس يخالف ما قلنا الحديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا (قوله والقسمة على وجه لا يورث الاجحاف) أقول الظاهر أن يقال لا يؤثر الاجحاف

وأما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل (وايهما اختاره وفعله لاشئ لولي الجناية غيره) أما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط وأما الفداء فلانه لاحق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيأ حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه

التي هي الجماعات لا تعقل عبدا كما تعقل حرا وان مذهب أبي حنيفة رحمه الله تعالى هو ان العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة أي الجماعة بل يغرم مولاه جنايته فقول المصنف وغيره هنا والمولى عاقلته من قبيل التشبيه البليغ ومعناه والمولى كعاقلته لان العبد يستنصر به كما يستنصر الحر بعاقلته يرشد اليه قول صاحب الكافي في كتاب المعاقل لا تعقل العاقلة ما جنى العبد على حر لان المولى في كونه مخاطبا بجناية العبد بمنزلة العاقلة ولا يتحمل عن العاقلة عواقلهم فكذا لا يتحمل جناية العبد عاقلة مولاه اهـ فلا يخالف ماذكروا هنا حديث لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا يشكل هذا على مذهب أئمتنا من ان العبد اذا جنى على الحر لا تعقله العاقلة فتبصر (قوله وأما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل) قال في العناية قيل كون الشئ بدلا عن شئ لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا يرى ان المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحد في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حالا لان الاجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والاجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الاصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف ما يشعر به اهـ أقول بل هو كلام قبيح لان الموافقة في الحكم بين الاصل وفرعه ان كانت أمرا لازما أو راجحا يرتفع السؤال عن أصله ويكفي ذكر هذه المقدمة في الجواب عنه ويصير باقي المقدمات المذكورة في الجواب المزبور مستدركا جدا وان لم تكن أمرا لازما ولا راجحا فكيف يتم ترجيح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال وقال في العناية ويجوز أن يقال الاصل أن لا يفارق الفرع الاصل الا بأمور ضرورية فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك لان القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به اهـ أقول فيه بحث اذ كان حاصل السؤال ان كون الشئ بدلا عن شئ لا يستلزم الاتحاد في الحكم فيلزم أن يكون المراد في الجواب بقوله الاصل أن لا يفارق الفرع الاصل الا بأمور ضرورية هو ان الاصل أن لا يفارقه في الحكم الا بأمور ضرورية ولا يدل عليه التعليل الذي ذكره بقوله فان الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية اذ الظاهر أن معنى كون الاصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية هو كونه عندهم عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير نفسها الا بالضرورة لا كونه عبارة عن حالة مستمرة لا يتغير حكمها بعدان تغيرت نفسها الا بالضرورة والمطلوب فيما نحن فيه هو الثاني دون الاول فلا يتم التقريب فتأمل تفهم (قوله وأما الفداء فلانه لاحق له الا الارش) أقول فيه اشكال سيما

وأما الفداء فلانه لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه قيل كون الشئ بدلا عن شئ لا يستلزم الاتحاد في الحكم ألا ترى أن المال قد يقع بدلا عن القصاص ولم يتحدا في الحكم فان القصاص لا يتعلق به حق الموصى له واذا صار مالا تعلق به وكذلك التيمم بدل عن الوضوء والنية من شرطه دون الاصل وغير ذلك وأجيب بأن الفداء لما وجب بمقابلة الجناية في النفس أو العضو أشبه الدية والارش وهما يثبتان مؤجلا وذلك يقتضي كون الفداء كذلك ولما اختاره المولى كان دينا في ذمته كسائر الديون وذلك يقتضي كونه كذلك أي كسائر الديون حالا لان الأجل في الديون عارض ولهذا لا يثبت الا بالشرط كما تقدم فتعارض جانب الحلول والأجل فترجح جانب الحلول بكونه فرع أصل حال موافقة بين الأصل وفرعه وهذا كلام حسن وان لم يكن في لفظ المصنف رحمه الله ما يشعر به ويجوز أن يقال الأصل ان لا يفارق الفرع الأصل الا بأمور ضرورية فان الأصل عند المحصلين عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير الا بأمور ضرورية والمسائل المذكورة تغيرت بذلك وهو أن القصاص غير صالح لحق الموصى له بالمال فلا يتعلق حقه به والتراب غير مطهر بطبعه فلم يكن بد من الحاق النية به ليكون مطهرا شرعا على بخلاف الماء وفيما نحن فيه ليس أمر ضروري يمنعه عن الحلول الذي هو حكم أصله فيكون ملحقا به لا يقال قد يتضرر بوجوبه حالا

على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال (فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الجناية الاولى) معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كأن لم تكن وهذا ابتداء جناية قال (وان جنى جنايتين قيل للمولى اما أن تدفعه الى وليي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما أن تفديه بارش كل واحد منهما) لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألا ترى أن ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول أولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر أرش جنايتهما (وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم) لما ذكرنا (ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا) لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات (وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد) لان الحقوق مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له أن يفدي من أحدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال (فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان أعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش) لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في أقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به

في المحصر اذ قد تقرر فيما قيل ان الواجب الاصلي في جناية العبد هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب الا أنه كان للمولى حق النقل الى الفداء كما في مال الزكاة فاذن كان حق ولي الجناية منحصرا في الدفع على ما هو الواجب الاصلي في جناية العبد فان لم ينحصر فيه فما معنى حصره في الارش بقوله لا حق له الا الارش وهذا يكون مناقضا لما ذكره قبيله بقوله أما الدفع فلأن حقه متعلق

فهو ضرر ورثه لان ذلك لازمه باختياره على الدفع فهو ضرر مرضي وقوله (على ما بيناه) اشارة الى قوله غير أن الواجب الاصلي هو الدفع الخ (وان مات) أي العبد الجاني بعد ما اختار المولى الفداء قولا أو فعلا لم يبرأ بموت العبد عن الفداء وطولب بالفرق بين هذا وبين خصال كفارة اليمين فان الحانث غير مخير وان عين أحدهما قولا لم يتعين وههنا قد تعين وأجيب بأن حقوق العباد أوجب رعاية لاحتياجهم وذلك في التعيين قولا وفعلا وأما حقوق الله تعالى فالمقصود منها الفعل فتعين الواجب به وقوله (لان تعلق الاولى) أي الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الجناية الثانية فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الرهن فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون أخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن أو بعده لا يتعلق سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع وأجيب بان في الرهن ايفاء واستيفاء حكما فكأن المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره وليس في الجناية كذلك وقوله (على قدر أرش جنايتهما) لان المستحق انما يستحق عوضا عما فات عليه فلابد من أن يقسم على قدر المعوض وقوله (لما ذكرنا) يعني قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية وقوله (وعلى هذا حكم الشجات) يعني لو شج رجلا موضحة وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع يدفع الى صاحب الموضحة سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له ألفا والى صاحب المنقلة نصفه لان له ألفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا وقوله (وهي الجنايات المختلفة) يعني فجاز أن يختار في أحدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر كما لو انفرد كل واحد منهم وقوله (والحق يجب للمقتول) جواب عما يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فكان الواجب أن يكون حكم هذه المسألة مثل الاولى ووجهه أنا لا نسلم أن المستحق متعدد بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول الخ لا يقال الملك يثبت للوارث حقيقة وحكما وللميت حكما فقط لانه ليس من أهل الملك حقيقة فوجب ترجيح جانب الوارث لان ملك الميت أصل وملك الوارث متفرع عليه واعتبار الاصل أولى قال (فان أعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية) الأصل في جنس هذه المسائل أن المولى اذا علم بجناية العبد وتصرف فيه فان تصرف بما يعجزه عن الدفع صار مختارا للفداء والا فلا واذا لم يعلم بالجناية لم يكن مختارا للفداء لكن يضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية وعلى هذا تخرج الفروع المذكورة في الكتاب وقوله (وعلى هذين الوجهين) يعني قبل العلم وبعده

وقوله (بخلاف الاقرار على رواية الاصل) يعنى اذا جنى العبد جناية فقال ولى الجناية فقال وليها هو عبدك فادفعه أوافده فقال هو لفلان الغائب وديعة عندى أو عارية أو اجارة أو رهن لا يصير مختارا للفداء المذكور فى الكتاب ولم تندفع عنه الخصومة حتى يقيم على ذلك بينة فان أقامها أخر الامر الى قدوم الغائب وان لم يقمها خوطب بالدفع أو الفداء ولا يصير مختارا الدية مع تمكنه من الدفع وقوله (والحقه الكرخى بالبيع واخواته) فى صيرورته مختارا المذكور فى الكتاب قال فى الايضاح وهو رواية خارجة عن الاصول وقوله (واطلاق الجواب) يريد قوله ضمن الأقل من قيمته ومن أرشها الخ وقيل يريد به قوله فى أول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس ومادونه وقوله (وكذا المعنى لا يختلف) لان كل واحد مال وقوله (لانه يزيل الملك) لا خلاف فى ذلك وانما الخلاف فى الدخول فى ملك المشترى وعدمه وليس يحتاج اليه ههنا وقوله (بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع) يعنى لا يصير مختارا للفداء بهما لان الملك مازال قيل المشترى بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا البيع والبائع بشرط الخيار لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط الخيار لنفسه أو بالعرض على البيع مختارا للفداء وأجيب بأن ثمة ضرورة لم تتحقق ههنا وهى أنه لو لم يجعل مجيزا وفاسخا هنالك لكان تصرفه واقعا فى ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ فى الاولى وتقدير الاجازة فى الثانية وأما ههنا فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف لم يتبين بالدفع أنه تصرف فى ملك الغير فافترقا وقوله (بخلاف الكتابة الفاسدة) بان كاتب المسلم عبده الجانى على خمر أو خنزير فانه يصير مختارا الفداء لان موجبه يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء فكانت الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض وقوله (فيما ذكرناه) قيل يعنى فى اختيار الفداء وقيل فى العلم بالجناية وعدمه وقوله (ولو ضربه فنقصه) يعنى بأن أثر فيه حتى صار مهزولا أو قلت قيمته ببقاء أثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزأ منه وأما اذا ضربه ولم يعلم بها كان عليه الأقل من قيمته ومن الارش الا أن يرضى ولى الدم أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضى به ناقصا صار كأن النقصان حصل بآفة سماوية وقوله (وكذا اذا كانت بكرا فوطئها) يعنى يصير به مختارا الفداء وان لم يكن الوطء معلقا لما قلنا انه حبس جزأ منه وقوله (بخلاف التزويج) يعنى لا يصير به مختارا الفداء لانه لا يعجزه عن الدفع كما لا يعجزه عن البيع وعلل المصنف رحمه الله بقوله (لانه عيب من حيث الحكم) وذلك لا يثبت به اختيار الفداء كما لو أقر عليها بالسرقة عالما بالجناية فان بهذا الاقرار يدخلها نوع عيب ولكن لما كان حكما لم يثبت به اختيار الفداء وفيه اشارة الى رد طعن عيسى حيث قال التزويج تعييب وبالتعييب يثبت اختيار الفداء كما لو ضرب على يديها وعيبها وذلك لان التعييب حقيقة يثبت به اختيار الفداء لان فيه حبس جزء منها وأما الحكمى فليس كذلك وقوله (وبخلاف وطء الثيب) فان به لا يصير المولى مختارا الفداء ما لم يكن معلقا فى ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وقوله (على ظاهر الرواية) احتراز عما روى عن أبى يوسف رحمه الله أن مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك فكان الوطء دليلا على امساك العين فان قيل ما الفرق بين هذا على ظاهر الرواية وبين البيع بشرط الخيار فان الوطء هنالك فسخ للبيع وان لم يكن معلقا وههنا لا يكون اختيارا الا اذا كان معلقا أجيب بأنه لو لم يجعل فسخا للبيع وقع الوطء حراما لانه اذا اختار الفداء بعد ذلك ملكها المشترى من حين العقد ولهذا يستحق زوائدها فتبين أن الوطء حصل فى غير ملكه فللتحرز عن ذلك جعلناه فسخا وههنا اذا دفعها بالجناية يملكها ولى الجناية من وقت الدفع ولهذا لا يسلم له شئ من زوائدها فلا يتبين أن الوطء كان فى غير ملكه

بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولى الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز أن يكون الامر كما قاله المقر وألحقه الكرخى بالبيع واخواته لانه ملكه فى الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فأشبه البيع واطلاق الجواب فى الكتاب ينتظم النفس ومادونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشترى لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك مازال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجنى عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق فى الهبة دون البيع واعتاق المجنى عليه بأمر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزأ منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق

و بخلاف

به (قوله واطلاق الجواب فى الكتاب ينتظم النفس ومادونها) يريد قوله ضمن الاقل من قيمته ومن أرشها وقيل يريد به قوله فى أول الباب واذا جنى العبد جناية خطأ فانه ينتظم النفس ومادونها كذا

وقوله (وبخلاف الاستخدام) يعني لو استخدم العبد الجاني بعد العلم بالجناية لا يكون مختار الفداء حتى لو عطب في الخدمة لا ضمان عليه لان الاستخدام لا يختص بالملك فلم يدل على الاختيار ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر لان الاجارة تنتقض بالاعذار فيكون قيام حق ولي الجناية فيه عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك اختيارا للفداء وقوله (في الاظهر) احتراز عما ذكر في بعض نسخ الاصل أنه يكون مختارا للاجارة والرهن لانه أثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وقوله (وكذا بالاذن في التجارة) يعني لا يكون به مختارا لانه لا يعجزه عن الدفع ولا ينقص الرقبة (الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى) ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولي الجناية اذا دفع اليه فله أن يمتنع من قبوله قال (ومن قال لعبده ان قتلت فلانا)

ومن علق عتق عبده بجناية توجب الدية مثل أن يقول ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك خلافا لزفر رحمه الله لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند التكلم ليس شئ منهما بموجود وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا واستشهد بالمسئلة المذكورة في الكتاب وقوله (ولنا) ظاهر وقوله (ولانه حرضه) دليل آخر ومعناه أن المولى حرض العبد على مباشرة الشرط وهو القتل أو الرمي أو الشج (بتعليق أقوى الدواعي اليه) أي الى الشرط وهو الحرية (والظاهر أنه يفعله) رغبة منه في الحرية (وهذا دلالة الاختيار) وانما قلنا بجناية لانه لو علقه بغيرها مثل أن يقول لعبده ان

دخلت الدار فأنت حر ثم جنى ثم دخل الدار فان المولى لا يصير مختارا للفداء بالاتفاق لعدم العلم بالجناية عند التعليق بخلاف ما اذا علق بالجناية فانه علق بها أقوى الدواعي اليه والظاهر وجودها فكان عالما بها ظاهرا وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن على المولى شئ وانما هو على العبد وذلك لا يختلف بالرق والحرية فلم يفوت المولى على ولي الجناية بتعليقه شيأ

وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر من الروايات وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فلزم المولى قيمته قال (ومن قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر فهو مختار الفداء ان فعل ذلك) وقال زفر لا يصير مختار الفداء لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى انه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف ان لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا يرى أن من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورد لان غرضه طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال (واذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء أو بغير قضاء فأعتقه ثم مات من قطع اليد فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه أو اعفوا عنه)

في العناية أقول لا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا سداد لما ذكر ثانيا لان تأخير التعرض لاطلاق ما في أول الباب الى هنا مع كونه بعيدا عن نهج السداد في نفسه يمنع عن الحمل عليه قول المصنف واطلاق الجواب لان الاطلاق هنالك في المسئلة لا في الجواب كما لا يخفى على ذوي الالباب فالمراد هو الاول لا غير (قوله وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة) أقول في التعليل شئ وهو انه ان أراد أن الاذن في التجارة وان ركبه دين لا يفوت الدفع بغير رضا ولي الجناية فهو ممنوع كيف وقد قال متصلا به الا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله واذا كان له ذلك يفوت الدفع بغير رضاه قطعا وان أراد أنه لا يفوت الدفع برضا ولي الجناية فهو مسلم لكن يلزم حينئذ أن ينتقض هذا التعليل بما لو ضرب المولى العبد الجاني فنقصه فانه يصير مختارا للفداء هنالك اذا كان عالما بالجناية كما مر آنفا

(قوله والراهن يتمكن من قضاء الدين الخ) أقول تعلق حق المجني عليه يعني العبد سابقا على تعلق حق الراهن يوجب صحة فسخ الرهن وان نقص الدين على ما صرحوا به (قوله وانما قلنا بجناية توجب الدية لانها لو كانت توجب القصاص لم يكن الخ) أقول لا يلزم مما ذكره المصنف وجوب التعليق بجناية توجب الدية بل اذا كان بالاعم مثل أن يقول ان قتلت بلا تقييد ووجد منه ما يوجب الدية كالقتل بالمثقل أو القتل خطأ يكون الجواب كذلك

وقوله (ووجه ذلك) يريد بيان الفرق بين ما اذا أعتق وبين ما اذا لم يعتق (أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح) أى الدفع (وقع باطلا) سماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ (٣٦٢) رحمهم الله أن الموجب الاصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية

ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان أطراف العبد لا يجرى القصاص بينها وبين أطراف الحر فاذا سرى تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا أعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا وأن يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضى المولى به يصح وقد رضى المولى به لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا أعتق يصح الصلح فى ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم فى العفو والقتل

مع انه يجرى أن يقال هنالك أيضا ان الضرب وان نقصه لا يفوت الدفع برضا ولى الجناية فانه اذا رضى أن يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى جاز كما صرحوا به ويمكن الجواب عنه بأن قوله ولا ينقص الرقبة من تمام التعليل ففى صورة ما اذا ضربه فنقصه ان لم يفت الدفع برضا ولى الجناية نقصت الرقبة فالتعليل المذكور هنا لم يجر بتمامه هنالك فلم ينتقض بذلك ثم فى تمام قوله ولا ينقص الرقبة فيما اذا ركبه دين كلام لان وجوب الدين فى ذمة العبد نقصان له لان الغرماء يتبعون ولى الجناية اذا دفع العبد اليه فيتبعونه بديونهم كما صرح به جمهور الشراح فى شرح قول المصنف الا ان لولى الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى وعن هذا قال صاحب الكافى ولكن الرقبة قد انتقصت عند لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الاذن فكان لولى الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته اه فتأمل (قوله ووجه ذلك وهو انه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح وقع باطلا) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل يريد بيان الفرق بين ما اذا أعتق وبين ما اذا لم يعتق أنه اذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح أى الدفع وقع باطلا وسماه صلحا بناء على ما اختاره بعض المشايخ أن الموجب الاصلى هو الفداء فكان الدفع بمنزلة الصلح لسقوط موجب الجناية به اه واقتفى أثره الشارح العينى أقول فيه نظر لان المصنف صرح فيما مر بأن الموجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح وقال ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب فكيف يتم تسمية الدفع هنا صلحا على البناء على خلاف ما اختاره وصححه نفسه فيما قبل وخلاف ما عليه جمهور المحققين من مشايخنا حتى ان صاحب الاسرار بعد ان ذكر ما اختاره بعض المشايخ من ان الواجب الاصلى هو الارش قال والرواية بخلاف هذا فى غير موضع وقد نص محمد بن الحسن رحمه الله أن الواجب هو العبد انتهى ثم أقول الحق عندى أن يحمل تسمية الدفع هنا صلحا على المشاكلة بأن عبر عن الدفع بالصلح لوقوع ذكره فى صحبة ما هو صلح وهو ما اذا أعتقه تدبر ترشد (قوله والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه) أقول فيه بحث وهو أنه ان أراد أن الباطل لا يورث الشبهة فيما اذا علم بطلانه كما هو الظاهر مما ذكره فى تنظيره حيث قال فيه مع العلم بحرمتها عليه فهو مسلم لكن لا يجدى نفعا هنا لان الدافع لم يعلم أن القطع يسرى فيكون موجبه القود بل ظن أنه لا يسرى وكان موجبه المال وان أراد أن الباطل لا يورث الشبهة وان لم يعلم بطلانه فهو ممنوع ألا يرى أنه اذا وطئ المطلقة الثلاث فى عدتها ولم يعلم بحرمتها عليه بل ظن أنها تحل له فانه يورث الشبهة فيدرأ الحد كما صرحوا به فى كتاب الحدود وفهم أيضا ههنا من قوله مع العلم

به وانما وقع باطلا لانه كان عن المال لعدم جريان القصاص بين أطراف الاحرار والعبيد واذا سرى تبين أن المال لم يكن واجبا وانما الواجب هو القصاص فكان الصلح واقعا بغير بدل يعنى المصالح عنه لان الذى كان الصلح وقع عنه وهو المال قد زال والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح فبطل والباطل لا يورث شبهة كما اذا طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها فى العدة مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة لدرء الحد فوجب القصاص بخلاف ما اذا أعتقه لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لان الظاهر من حال العاقل انه اذا أقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا بجعله صلحا عن الجناية وما يحدث منها فيجعل مصالحا عن ذلك مقتضى الاقدام على الاعتاق ويجعل المولى أيضا كذلك دلالة لانه لما رضى بكون العبد عوضا عن القليل كان بكونه عوضا عن الكثير أرضى وشرط صحة الاقتضاء وهو امكان المقتضى موجود ولهذا لو نص على ذلك ورضى به المولى صح فتبين انه اذا أعتق حصل بينهما صلح جديدا ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم فى العفو والقتل وذكر

(قوله والذى وجد من القتل لم يكن وقت الصلح الخ) أقول الظاهر أن يقول لم يقع الصلح عنه

وقوله (وذكر في بعض النسخ) قال الامام فخر الاسلام رحمه الله وذكر في بعض نسخ هذا الكتاب أي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وساق الكلام مثل ماذكر في الهداية وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى بالنسخة المعروفة وعن الثانية بغير المعروفة وقوله (الى آخر ماذكرنا) يعني وان لم يعتقه رد الى مولاه ويجعل الاولياء على خيرتهم بين القتل والعفو وقوله (وهذا الوضع يرد اشكالا) قيل أي الوضع الثاني وهو النسخة الغير المعروفة وانما خص هذا الوضع بورود الاشكال لان دفع العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح متضمن للعفو ولانه ينبئ عن الحطيطة فيكون هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع فلما لم يكن بطريق الصلح لم يكن فيه حط شئ فلا يرد اشكالا على مسئلة العفو وقيل هذا الوضع أي وضع الجامع الصغير في النسخة المعروفة وغيرها يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد وسرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب واختلف المشايخ رحمهم الله في الجواب عن ذلك فقال بعضهم ماذكر ههنا من وجوب القصاص جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان يعني وجوب القصاص في هذه المسئلة على النسختين جواب القياس وفي الاستحسان تجب الدية وفي مسئلة العفو وجوب الدية جواب الاستحسان وفي القياس يجب القصاص فكان الوضع في هذه المسئلة وتلك على القياس والاستحسان فاندفع التدافع وحصل التوافق وقال بعضهم بينهما فرق وهو أن العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق له كان في اليد من حيث الظاهر (فيصح العفو ظاهرا) وتبطل به الجناية كذلك لان العفو عنها يبطلها (فبعد ذلك

وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية الى آخر ماذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ماذكر ههنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه أن العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم يبطل الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا أعتقه فالتخريج ماذكرناه من قبل قال (واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف

بحرمتها عليه (قوله أما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة) أقول يرد عليه انه ان أريد بقولهم الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها أن الصلح لا يسقط موجب الجناية بل يبقيه على حاله فهو ممنوع كيف وقد صرحوا في صدر كتاب

وان بطل العفو بالسراية حكما يبقى موجودا حقيقة) وذلك كاف لمنع وجوب القصاص (أما ههنا فالصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تمتنع الجناية لم تمتنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه أما اذا أعتقه فالتخريج على ماذكرناه من قبل) وهو قوله لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده الخ وقوله (فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لولي الجناية) يعني اذا كانت القيمة أقل من الارش وقوله (أتلف حقين) واضح وقوله (ويمكن الجمع بين الحقين) جواب عما يقال لا يلزم من كون كل واحد منهما مضمونا بكل القيمة على الانفراد كونه كذلك عند الاجتماع لجواز أن يكونا متنافيين فلا يجتمعان ليكون الاتلاف واردا عليهما ووجهه أن الجمع بينهما ممكن ايفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيكون الاتلاف واردا عليهما فيضمنهما به والأصل أن العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع بيع في دين الغرماء فان فضل شئ كان لاصحاب الولاء وانما بدأنا بالدفع لان به توفير الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لاربابا الديون ومتى بدأنا بدفعه في الدين تعذر الدفع بالجناية لانه تجدد للمشتري الملك ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا أجيب بان اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس في الأعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته جزاء فاذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شئ صرف الى أولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليبني عليه قوله فعليه قيمتان لانه لو أعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية اذا كانت الجناية في النفس لأوليائها وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش دون القيمة وقد مر

(قوله وبعض الشارحين عبر عن النسخة الاولى الخ) أقول يعني الاتقاني

وقوله (بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي) واضح وقوله (فلا يظهر في مقابلته الحق) يعني حق الدفع (لانه دونه) أي الحق دون الملك فيكون الحق مع الملك مرجوحا قال (واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت) فرق بين ولادة الامة بعد ما استدانتها وبين ولادتها بعد جنايتها في أن الولد يباع معها في الاولى دون الثانية فان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو غيرهما فكانت من الاوصاف الشرعية القارة في الام فتسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن وأما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمتها حتى لا يصير المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع أو هبة أو استخدام (وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع) فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار تحصل عند الدفع وقوله (والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية) بناء على أن الوصف الحقيقي في محل لا يمكن أن ينتقل الى غيره وأما الوصف الشرعي فهو أمر اعتباري يتحول بتحوله واعترض بوجهين احدهما لا نسلم أن دين الامة في ذمتها فان المولى ان أعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها ما ضمن كما لو قتل مديون انسان فانه لا يضمن دينه والثاني ان ما ذكرتم لو كان صحيحا ما سرى أثر الدفع الى أرش استحقته بجناية جنى بها عليها جان ودفعه اليها بطريق الاولى لما ان ولدها جزؤها وأرشها ليس كذلك ولما لم يسر الى جزئها لكونه أثر فعل حقيقي كان أولى أن لا يسري الى ما ليس بجزء منها وأجيب عن الاول بأن وجوب ضمان قيمة العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والا لوجب عليه ايفاء الدين لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة وهي مسئلة تقوم المنافع وهي معروفة لا يقال هذا المانع موجود في صورة النزاع فهلا اعتبر لان الاتلاف هنالك لاقى محلا يمكن الاستيفاء من ثمنه بخلاف صورة النقض فان قيل اذا كان تخصيص العلة قلت مخلصه معلوم وعن الثاني أن الارش بدل جزء متصل فات بالجناية وولي الجناية قد استحقها بكل جزء منها فما فات من الاجزاء بعوض قام العوض مقامه وأما كما لو قتلت وأخذ المولى قيمتها كان عليه دفعها الى ولي الجناية اعتبارا الجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء وقوله (واذا كان العبد لرجل) صورته المذكورة ظاهرة وذكر في الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وفي المبسوط بعدها ولا تفاوت في ذلك وقوله (وابراء العبد) يعني من كل الدية لا من قسطه فيها وابراء المولى لانه لم يدع عليه بعد الجناية اعتاقا حتى يصير به مختارا للفداء ان علم بذلك أو مستهلكا حق المجني عليه ان لم يعلم وكذلك لم يكن له سبيل على أخذ العبد بعد هذا الاقرار ولا على المولى بشئ ولا على العاقلة الا بحجة وقوله (واذا أعتق العبد) يعني اذا أعتق عبد معروف بالرق (فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان) لانه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف الرق والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء واعترض بأن العبد قد ادعى تاريخا سابقا في اقراره والمقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي أن يكون القول قوله وأجيب بأن اعتبار التاريخ للترجيح بعد وجود أصل الاقرار وههنا هو منكر لاصله فصار كمن يقول لعبده اعتقتك قبل أن تخلق أو أخلق

بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال (واذا استدانت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فانه يباع الولد معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها) والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال (واذا كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل الزاعم خطأ فلا شئ له) لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى الا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال (واذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد) لانه منكر للضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون أو بعت داري

الجنايات بأن موجب القتل العمد القود الا أن يعفو الاولياء أو يصالحوا فقد جعلوا الصلح كالعفو في

(قوله وانما لا يضمن القاتل دين من قتله الخ) أقول الظاهر أنه كان يكفي أن يقول وانما لا يضمن القاتل الدين لانه لم يفوته (قوله فان قلت اذا كان تخصيص العلة) أقول كيف يكون تخصيص العلة والمضمون هنا ليس هو الدين بل العين الذي أتلفه

وقوله (كان القول قوله) يعني مع يمينه وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لانه منكر للضمان قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها) هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان ومعنى قوله (الا الجماع والغلة) أن يقول لها جامعتك وأنت أمتي أو أخذت منك غلة عملك وأنت أمتي وقالت بل كان ذلك بعد العتق فان القول قول المقر الذي هو المولى استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الا الاشياء قائما بعينه فانه يؤمر برده عليها يعني لو كان أقر بأخذ شيء منها بعينه والمأخوذ قائم في يده واختلافهما على هذا الوجه فان الرد فيه مجمع عليه بناها محمد رحمه الله على الاصل المذكور وأجاب عن تخلف الشيء القائم بعينه بانه أقر بيده أي بيد المأخوذ منه (حيث اعترف بالاخذ منه ثم ادعى التملك عليه وهو منكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد عليها ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله) وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذلك اذا أخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل فيهما الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان بخلاف غيرهما (لانه بمنزلة ما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت) يريد بذلك براءته عن ضمان العين قصاصا وارشا (وقال المقر له بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوأة) يريد به وجوب نصف الدية عليه وهذا بناء على أن جنس العضو المتلف ان كان صحيحا حال الاتلاف ثم تلف سقط القصاص بناء على أصل أصحابنا رحمهم الله أن موجب العمد القود على سبيل التعيين وله العدول الى المال فقبل العدول اذا فات المحل بطل الحق واعترض بان ذلك فيما يجب فيه القصاص كما اذا قطع يمين شخص ثم شلت يمينه وفقء العين بالتعوير لا قصاص فيه فلا يستقيم الاصل المذكور وأجيب بأن المراد فقء ذهب به نورها ولم تنخسف والقصاص فيه جار وقوله (وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستأمن) ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بأمان وأخذ

وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال (ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد لا يضمن الا شيئا قائما بعينه يؤمر برده عليها) لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوأة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما أسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان

اسقاط موجب الجناية وان أراد بذلك أن الصلح لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل بل يقرر ذلك حيث وقع الصلح عنه على مال وان سقط بعد تحقق الصلح فهو مسلم لكن لا يتم حينئذ قولهم فاذا لم تبطل الجناية لم تمتنع العقوبة اذ لا يلزم من عدم بطلان الجناية بمعنى ثبوتها في الاصل عدم امتناع العقوبة بعد تحقق الصلح عنها كما هو الحال فيما نحن فيه بل لا يتم حينئذ الفرق رأسا بين صورتي العفو والصلح اذ العفو أيضا لا ينافي ثبوت موجب الجناية في الاصل قبل العفو كما لا يخفى (قوله ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بل قطعتها وانا حرة فالقول قولها) قال صاحب العناية هذه المسئلة أيضا مبناها على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان أقول ليس هذا بسديد لان مبنى هذه المسئلة التي جوابها كون القول قولها ليس على اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان كما في المسئلة الاولى والا لما كان القول قولها بل كان يجب أن يكون القول قول المقر كما في المسئلة الاولى وانما مبنى هذه المسئلة على أنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع قوله الا بحجة كما يظهر بما ذكر في الكتاب في تعليل جواب هذه المسئلة نعم مبناها على قول محمد اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان الا أن قوله ليس بمطابق لجواب هذه المسئلة وانما ذكرها بطريق الاستطراد لا الاصالة فما معنى بناء هذه المسئلة التي كان جوابها على قول أبي حنيفة وأبي يوسف كما صرح به في الكتاب على أصل قول محمد فيها (قوله وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستأمن) قال صاحب العناية ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع لكنه ذكره بيانا لمسئلة أخرى صورتها مسلم دخل دار الحرب بامان وأخذ

قال المصنف (وكذلك كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا) أقول سبق في كتاب المأذون أن للمولى أن يأخذ غلة مثله بعد الدين

مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرج الينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذت مني وأنا مسلم فانهما على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد رحمه الله انه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما أنه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه ديانة فكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة والله أعلم والحاصل أن هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه يكون القول قول المولى وهو ما اذا أخذ الغلة أو وطئها وفي وجه يكون القول

قول الجارية وهو ما اذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا وهو قائم في يده وفي وجه اختلفوا وهو ما اذا استهلك مالها أو قطع يدها وقد اتفقوا على أصلين أحدهما أن الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به والآخر أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه الا بحجة فالوجه الاول مخرج على الاصل الاول بالاتفاق والوجه الثاني مخرج على الاصل الثاني بالاتفاق والوجه الثالث خرجه محمد رحمه الله على الاول وهما على الثاني وقوله (واذا أمر العبد المحجور) على الوجه الذي ذكره ظاهر وقوله (على ما بينا من قبل) اشارة الى ما ذكره قبيل فصل الجنين وقوله (لانه غير مضطر في دفع الزيادة) أي لا ضرورة في اعطاء الزيادة لانه يتخلص عن عهدة الضمان باعطاء الاقل من الفداء أو قيمة العبد لانه انما أتلف بأمره ما هو الاقل منهما قال (واذا قتل العبد رجلين عمدا)

قال (واذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية) لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل (ولا شيء على الآمر) وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان بأقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال (وكذلك ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما (يخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء) ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ أما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال (واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم) لانه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف (فان كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطا) لانه لما انقلب العمد مالا كان حق وليي الخطا في كل الدية عشرة آلاف وحق أحد وليي العمد في نصفها خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفا (وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطا وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة وقالا يدفعه أرباعا ثلاثة أرباعه لوليي الخطا وربعه لولي العمد)

مال حربي ثم أسلم الحربي ثم خرج الينا فقال له المسلم أخذت منك مالا وأنت حربي فقال بل أخذت مني وأنا مسلم فانهما على الخلاف كذا قيل فان صح ذلك فوجه قول محمد انه أسند اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه ديانة فكان قد أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع الا بحجة الى هنا كلامه (أقول) فيه نبذ من الاختلال أما أولا فلان قوله ليس له تعلق بما نحن فيه من مسئلة القطع ممنوع فانه وان لم يكن داخلا في مسئلة القطع نفسها الا انه نظير لها لاشتراكهما في العلة حيث لم يوجد في كل منهما اسناد الاقرار الى حالة منافية للضمان عندهما وكونه نظيرا لما نحن فيه تعلق محض به فان التنظير كثير الوقوع في استدلالاتهم شائع فيما بينهم فصار قوله هنا وكذا يضمن مال الحربي اذا أخذه وهو مستأمن بمنزلة قوله فيما قبل كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة الخ وأما ثانيا فلأن قوله ووجه قولهما انه ليس كذلك لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه ديانة ليس بشرح مطابق للمشروح وانما المطابق له أن يقال لان مال الحربي قد يضمن اذا أخذه وهو مستأمن تدبر (قوله وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطا وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يدفعه أرباعا الخ) قال صاحب النهاية وأصل هذا كلامه واضح الى قوله وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثاه لوليي الخطا وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة رحمه الله فالقسمة

قال المصنف (ويجب أن يرجع بعد العتق) أقول قال صدر الشريعة في شرح الوقاية وانما قال ويجب أن يرجع بعد العتق الخ اذ لا رواية لذلك أقول ينبغي أن لا يرجع بشيء لان الامر لم يصح والامر لم يوقع في هذه الورطة لكمال عقل المأمور بخلاف ما اذا كان المأمور صبيا انتهى أجيب بأن أمره استخدام واتلاف بسببه مال المولى واذا استخدم العبد فعطب ضمن المستخدم كذا هذا فليتأمل

وأصل هذا ما اتفقوا عليه أن قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه وأما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كمسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المالك البيعين كان العبد بين المشتريين أرباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال واذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في هذه المسئلة ثلاثة أرباع العبد المدفوع لولي الخطا وربعه للساكت من ولي العمد لان حق وليي العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطا والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة أرباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا في عشرة آلاف وحق شريك العافي في خمسة فيضرب

كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألفان لرجل وألف لآخر مات وترك ألف درهم كانت التركة بين صاحبي الدين أثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء وقوله (واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) فسره المصنف رحمه الله بقوله أي قريبا لهما قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي أي الاقارب ويحتمل أن يراد به عبد لهما اعتقاه فعفا

فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطا بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فينتصف فلهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات قال (واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما) أي قريبا لهما (فعفا أحدهما بطل الجميع عند أبي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر أو يفديه بربع الدية) وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب أيضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع أبي حنيفة وذكر في الزيادات عبد قتل مولاه وله ابنان فعفا أحد الابنين بطل ذلك كله عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف رحمه الله أن حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع

ما اتفقوا عليه وهو أن قسمة العين اذا وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة ونحوها كانت القسمة بطريق العول والمضاربة لانه لا تضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه أما اذا وجبت قسمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة بيع الفضولي وهي أن فضوليا لو باع عبد انسان كله وفضوليا آخر باع نصفه وأجاز المولى البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا وكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة تضيق عن الحقين على وجه الكمال ولما ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله في مسئلتنا هذه ثلاثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطا وربعه للساكت من ولي العمد

أحدهما بطل حق الآخر في النفس والمال جميعا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يقال للعافي ادفع نصف نصيبك الى شريكك أو افده بربع الدية وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير قول محمد مع أبي حنيفة رحمه الله والاشهر أنه مع أبي يوسف رحمه الله قال أبو يوسف ومحمد ان حق كل واحد من الموليين في نصف القصاص شائعا

(قوله فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال فيضرب بجميع حقه) أقول مخالف لما أسلفه في باب ما يدعيه الرجلان فراجعه (قوله وأما اذا وجبت قسمة العين ابتداء) أقول ولم يكن تعلق الحق بالعين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض ولابد من هذا التقييد على ما صرحوا فانه اذا كان ثبوت حق في العين على هذا الوجه تكون القسمة عولية عنده وعندهما أيضا لابد من التقييد بأن لا يكون تعلق الحقين على وجه الشيوع في وقت واحد ولا تكون القسمة عولية (قوله فكانت القسمة بطريق المنازعة لان الحق الثابت الخ) أقول فيه بحث (قوله ولابي حنيفة أن أصل حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين تكون بطريق العول والمضاربة) أقول سبق من المصنف في أول الباب أن الواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح وان كان للولي حق النقل الى الفداء وما ذكره الشارح يخالفه كما لا يخفى ثم قول المصنف هنا لان الحق تعلق بالرقبة يخالف ما ذكره الشارح أيضا الا أن يراد بالرقبة الذمة مجازا

لان ملك المولى لايمنع استحقاق القصاص له لان العبد فى حق الدم مبقى على أصل الحرية والمولى فى دمه كأجنبى فيستحق دمه بالقصاص لما لم يكن مستحقاله بالملك فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه ونصفه فى نصيب صاحبه فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان فى نصيب صاحبه بقى وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه وهو الربع أو يفديه بربع الدية ولابى حنيفة رحمه الله أن نصيب العافى قد سقط ونصيب الآخر وهو النصف يحتمل أن يكون كله فى ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل أن يكون كله فى ملك نفسه فيبطل أصلا ويحتمل أن يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه فى نصيب العافى فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل هذا واحتمل ذاك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك ووقع فى نسخ الهداية فى هذا الموضع اختلاف كثير والتعويل على المسموع

﴿فصل﴾ لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع فى بيان أحكام الجناية على العبد وقدم الاول ترجيحا لجانب الفاعلية (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف درهم الا عشرة وفى الامة اذا زادت قيمتها على الدية قضى لها بخمسة آلاف الا عشرة

قال المصنف (لأن ملك المولى لايمنع استحقاق القصاص له) أقول قال العلامة الاتقانى فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه والنصف فى نصيب صاحبه فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان فى نصيب صاحبه بقى ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افده بربع الدية ولهما أن ما يجب من المال يكون حق المقتول لأنه بدل دمه ولهذا يقضى منه ديونه وينفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا يخلفه الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية فيها فى بعض نسخها ولم يكتب هذه النسخة فى أكثر نسخها والحق أن يكتب لانه اذا لم يكتب تخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدليل أصلا انتهى وأنت خبير بأن التعليل المذكور يختص بوضع الديات وتبقى مسئلة الجامع الصغير خالية عن التعليل البتة ﴿فصل ومن قتل عبدا خطأ﴾

لان ملك المولى لايمنع استحقاق القصاص له فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع فى الكل فيكون نصفه فى نصيبه والنصف فى نصيب صاحبه فما يكون فى نصيبه سقط ضرورة أن المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان فى نصيب صاحبه بقى ونصف النصف هو الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك أو افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه الورثة فيه

﴿فصل﴾ (ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضى له بعشرة آلاف الا عشرة وفى الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة)

لان حق ولي العمد كان فى جميع الرقبة فاذا عفا أحدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق ولي الخطا بهذا النصف بلا منازعة بقى النصف الآخر واستوت منازعة ولي الخطا والساكت من ولي العمد فى هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما فى مسئلة الفضوليين ولابى حنيفة رحمه الله أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الارش الذى هو بدل المتلف والقسمة فى غير العين تكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطا فى عشرة وحق شريك العافى فى خمسة فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة آلاف درهم ألف لرجل وألفان لآخر مات المديون وترك ألفا كانت التركة بين صاحبى الدين اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الألفين وثلثها لصاحب الألف فكذا ههنا بخلاف بيع الفضولى لأن الملك يثبت للمشترى فى العين ابتداء الى هذا أشار الامام قاضيخان والمحبوبى فى الجامع الصغير الى هنا كلامه واقتفى أثره فى هذا الشرح والبيان صاحبا العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان المصنف صرح فى أوائل هذا الباب بأن الواجب الاصلى فى جناية المملوك هو الدفع ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان للمولى حق النقل الى الفداء كما فى مال الزكاة وصرح به أيضا عامة الفقهاء فى كتبهم فما معنى بناء قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة على أن أصل حقهما ليس فى عين العبد بل فى الارش وهل يقتضى هذا أن يكون الواجب الاصلى فى جناية المملوك هو الفداء دون دفع عين العبد ثم ان قول المصنف فى بيان طريقة أبى حنيفة رحمه الله ههنا لان الحق تعلق بالرقبة ينبو عما ذكره هؤلاء الشراح فى تعليل قول أبى حنيفة رحمه الله فى هذه المسئلة كما لا يخفى على ذى فطرة سليمة

﴿فصل فى الجناية على العبد﴾ لما فرغ من بيان أحكام جناية العبد شرع فى بيان أحكام الجناية

(وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله) وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف) آخرا وهو قول الشافعي رحمه الله تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية) وبدل المالية بالقيمة فالضمان بالقيمة أما أنه بدل المالية فلانه (يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا) ان بقي العين (أو بدلا) ان هلكت (وصار كقليل القيمة وكالغصب) وأما أنه بدل المالية بالقيمة فظاهر وهذا كما ترى ترجيح لجانب المالية على الآدمية لان المماثلة واجب الرعاية والرعاية في ذلك أكثر لان المال وان كثر لا يماثل النفس ويماثل المال (ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله) ووجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا (والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا) بلا خلاف (وفيه معنى المالية) حتى ورد عليه الملك بلا خلاف (والآدمية أعلاهما) لا محالة (فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما) اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية أصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما أولى من اهدارهما فان قيل لا نسلم أن الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما أجيب بأن الجمع انما وجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول به لخرق وجه عن الاجماع وقوله (وضمان الغصب) جواب عن قولهما وكان كالغصب وقوله (وبقاء العقد) جواب عن قولهما ولو قتل العبد المبيع

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما أن الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية أعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الأدنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك أمر الدية

على العبد وقدم الاولى ترجيحا لجانب الفاعلية كذا في العناية وهو حق الاداء وقال في النهاية وغاية البيان انما قدم جناية العبيد على الجناية عليهم لان الفاعل قبل المفعول وجودا فكذا ترتيبا (أقول) فيه بحث لانه ان اريد ان ذات الفاعل قبل ذات المفعول وجودا فهو ممنوع اذ يجوز أن يكون وجود ذات المفعول قبل وجود ذات الفاعل مدة طويلة مثلا يجوز أن يكون عمر المجني عليه سبعين سنة أو أكثر وعمر الجاني عشرين سنة أو أقل وان أريد ان فاعلية الفاعل قبل مفعولية المفعول وجودا فهو أيضا ممنوع فان المفعولية والفاعلية توجدان معا في آن واحد وهو آن تعلق الفعل المتعدي بالمفعول بوقوعه عليه اذ قبل ذلك لا يتصف الفاعل بالفاعلية ولا المفعول بالمفعولية وكل ذلك غير خاف على الفطن العارف بالقواعد (قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية) وجه الاستدلال ان الله تعالى أوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لو كان الواجب فيمن قتل العبد أيضا خطأ هو الدية التي تكون واجبة بمقابلة الآدمية كان ينبغي أن لا تتفاوت ديات العبيد في المقدار لتساويهم في الآدمية كما لا تتفاوت ديات الاحرار في القيمة لتساويهم في ذلك وان كان بعضهم أشرف من بعض بوجوه شتى مع أن ديات العبيد تتفاوت في المقدار بحسب تفاوت قيمتهم كما هو المذهب فتأمل (قوله ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا بلا خلاف وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية اعلاهما لا محالة فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية أصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار أحدهما أولى من اهدارهما انتهى واعترض عليه بعض الفضلاء بانه منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع انتهى (أقول) ليس هذا بوارد فان اهدار أحدهما انما يتصور فيما اذا وجدا تلافهما معا فاعتبر أحدهما واهدر الآخر

(قوله لان الآدمية أصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع) أقول منقوض بصورة الغصب فان فيها اهدار الاصل دون التابع

وقوله (وفي قليل القيمة) جواب عن قولهما وصار كقليل القيمة وقوله (بأثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) وقع في بعض النسخ ابن عباس رضي الله عنهما وهو ما روي عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاول أصح لموافقته لاكثر النسخ واعترض بأن أثر ابن مسعود رضي الله عنه معارض بما روي ان عمر وعليا وابن عمر رضي الله عنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت وأجيب بأن المروي (٣٧٠) عن ابن مسعود رضي الله عنه أرجح لان فيه ذكر المقدار وهو مما لا يهتدي اليه العقل

وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة آلاف درهم ونقصانها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال (وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) لان اليد من الآدمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا أن ضمان الغصب ضمان المالية قال (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه ذلك الى أن يعتقه ويبطل الفضل) وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

وليس فيما روي عن غيره ذلك بل فيه قياس سائر الاموال من تبليغ قيمته بالغة ما بلغت فكان محمولا على أنهم قالوا بالرأي ومثله لا يعارض ما هو بمنزلة المسموع من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله (لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة) أي لا يزاد على هذا المقدار قال في النهاية هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فأما طرف المملوك فقد بينا أن المعتبر فيه المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما بلغت الا أن محمدا رحمه الله قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى أنه يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله الى أن قال فلهذا قال لا يزاد على نصف بدل نفسه فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وقوله (لان القيمة في العبد كالدية في الحر) يعني يجب في موضحة العبد نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في الحر نصف عشر الدية

بأن يعطي لاتلاف احدهما حكم شرعي دون اتلاف الآخر كما فيما نحن فيه فان في قتل العبد اتلاف آدمية ومالية معا بخلاف الغصب اذ ليس فيه اتلاف الآدمية أصلا وانما الحاصل به اتلاف المالية بازالة اليد المحققة عنه واثبات اليد المبطلة فيه كما أشار اليه المصنف بقوله وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال حيث لم يوجد فيه اتلاف الآدمية لم يلزم فيه اهدار الاصل الذي هو الآدمية فان معنى اهداره ان لا يعطي لاتلافه حكم شرعي فاذا لم يوجد اتلافه لم يتصور أن يترتب عليه حكم شرعي فمن أين يلزم اهداره تفكر (قوله وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا) أقول فيه اشكال اذ قد تقرر في علم الاصول وشاع في علم الفروع أيضا ان الرأي والقياس لا يجري ان في المقادير بل انما تعرف المقادير بالسمع فكيف يجوز التقدير بالقيمة هنا بالرأي من غير سمع وأيضا ان العبيد لا يتفاوتون في نفس الآدمية لا محالة وعن هذا لا يتفاوتون في شيء من تكاليف الشرع المتوجهة عليهم من حيث الآدمية كالتكليف بالايمان والصلاة والصوم وغيرها من شرائع المعاملات والعقوبات كما صرحوا به فكيف يتم تقدير الواجب عليهم بمقابلة الآدمية فيما نحن فيه بقيمتهم وهم متفاوتون في القيم (قوله وان غصب أمة قيمتها عشرون ألفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها) أقول لقائل أن يقول ذكر هذه المسئلة مرة فيما قبل حيث قال ولو غصب عبدا قيمته عشرون ألفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع فما وجه الاعادة هنا وتكرار مسئلة واحدة في موضع قريب ليس من دأب المصنفين كما لا يخفى ويمكن أن يقال أصل المسئلة ما ذكر هنا فانه المذكور في الجامع الصغير والبداية والذي ذكر فيما قبل انما هو بطريق الاستطراد فرقا بين مسئلة قتل العبد خطأ وبين مسئلة غصبه في الحكم حيث يجب في الاولى أقل من عشرة آلاف درهم اذا زادت قيمته على دية الحر عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والشافعي ويجب في الثانية قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع وجمعا للدليلين تبينك المسئلتين في البيان في موضع واحد (قوله وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح

(اذ هو) أي القيمة (بدل الدم على ما قررنا) اشارة الى قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله وقوله (وان غصب أمة) ظاهر قال (ومن قطع يد عبد فأعتقه المولى) صورة المسئلة ظاهرة وكذا تحرير المذاهب وقوله (في الوجه الاول) يعني فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقوله (لاشتباه من له الحق) يعني المستوفي وجهالته تمنع القصاص يكون

(قوله ولا بالكفارة فلهذا كان الواجب الخ) أقول فيه بحث

وقوله (وفيه الكلام) أى فيما اذا كان له ورثة غير المولى وقيل أى فى وجوبه على وجه يستوفى لا على أصل الوجوب لانه لافادة الاستيفاء فاذا فات المقصود سقط اعتباره وقيل أى فى تعذر الاستيفاء وقيل أى فى تحقق اشتباه من له القصاص ومعناه أن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء وقوله (واجتماعهما لا يزيل الاشتباه) جواب عما يقال سلمنا أن من له الحق مشتبه لكن يزول الاشتباه باجتماعهما ووجهه أن اجتماعهما لا يزيله لان الملك فى الحالين مختلف فان الملك للمولى وقت الجرح دون الموت وللورثة بالعكس وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام فى الحالين فلا يكون الاجتماع مفيدا (بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر) فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له فى الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط حق الموصى له بالخدمة لان الرقبة فاتت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه عليه ولكن اذا اجتمعا فقد رضى الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه وقوله (على اعتبار احدى الحالتين) وهى حالة الجرح قبل العتق والحالة الاخرى هى حالة الموت بعد العتق وقوله (فيما يحتاط فيه) يعنى فى الذى لا يثبت بالشبهات فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك على ألف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع البدل والاباحة فيها فلا يبالى باختلاف السبب كذا فى الشروح وفيه نظر فان الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك والاولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات أو يفسر بالذى لا يجرى فيه البدل

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين فى الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان ما لكل منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد فى الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى أن سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الأخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها

يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فتحقق الاشتباه الخ) واعترض عليه بعض العلماء بانه ما معنى هذا التردد وقد صرحوا فيما لو ضرب الامة الحاملة فأعتق المولى الامة ثم ألقته حيا فمات الولد بأن المعتبر حالة الضرب حتى تجب القيمة لا الدية اه أقول ليس هذا بشئ اذ قد صرحوا فى بيان تلك المسئلة بأنا اعتبرنا حالتى الضرب والتلف معا فأوجبنا القيمة دون الدية اعتبارا لحالة الضرب وأوجبنا قيمته حيا اعتبارا لحالة التلف وقد مر ذلك فى الكتاب وشروحه مفصلا فى أواخر فصل الجنين فكان ذلك البعض حفظ بعض ما ذكر هنالك ونسى بعضه فزعم أن المعتبر هنالك حالة الضرب فقط (قوله وفيه الكلام) قال صاحب النهاية أى الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة سوى المولى وقال ووصل شيخى بخطه الضمير فى وفيه الى وتعذر الاستيفاء لكن مآل ذلك الى ما قلنا اه وقال صاحب الكفاية قوله وفيه الكلام أى فى وجوبه على وجه يستوفى ولا كلام فى أصل الوجوب لان الوجوب لافادة الاستيفاء فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره اه وقال صاحب الغاية قوله وفيه الكلام أى كلامنا فى تحقق اشتباه من له حق استيفاء القصاص يعنى ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء اه واختار صاحب العناية من بين تلك الاقوال ما ذكره صاحب النهاية من عند نفسه حيث قال قوله وفيه الكلام أى وفيما اذا كان له ورثة غير المولى ونقل سائر الاقوال بقوله وقيل وقيل وقيل أقول ما ذهب اليه صاحب النهاية فى تفسير مراد المصنف هنا واختاره صاحب العناية ليس بشئ عندى لان المصنف بعد ان قال فيما قبل وانما لا يجب القصاص فى الوجه الاول مريدا به ما اذا كان له ورثة غير المولى كما صرح به الشراح قاطبة كيف يحتاج هنا الى أن يقول والكلام فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهلا يكون هذا لغوا من الكلام كما يشهد به الفطرة السليمة وأما ما ذهب اليه شيخ صاحب النهاية وما ذهب اليه صاحب الغاية فلا يخلو كل منهما عن الركاكة بل عن اللغوية أيضا كما يدركه الذوق الصحيح وانما الحق الصريح هنا ما ذهب اليه صاحب الكفاية اذ ينتظم المعنى حينئذ جدا ويتعلق الكلام بقرينه المتصل به من حيث اللفظ كما ترى (قوله فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه) قال جمهور الشراح فى تفسير ما يحتاط فيه أى الذى

(قوله والاموال ليست كذلك) أقول فيه بحث بل هى كذلك ألا يرى أنها تثبت بشهادة رجل وامرأتين على ما مر تفصيله ولعل الشبهة انما نشأت من اشتباه الشبهة بالشك فانها لا تثبت بالثانى دون الاول فتأمل (قوله فانه استشهد بعده بحل الوطء) أقول أى بعدم حل الوطء فالمضاف مقدر (قوله وما يثبت بالشبهات) أقول لفظة ما نافية

ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب ههنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسئلة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما

لا يثبت بالشبهات وقالوا فانه يحترز بهذا عمن قال لآخر لك على ألف من قرض فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال والاموال مما يقع فيها البدل والاباحة فلا يبالى باختلاف السبب اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن الشروح فيه نظر لان الاحتراز بالذى لا يثبت بالشبهات انما يكون عما يثبت بالشبهات والاموال ليست كذلك اه أقول هذا النظر ساقط جدا اذ لا شك ان الاموال مما يثبت بالشبهات ألا يرى الى ما صرحوا به فى كتاب الشهادة من ان فى شهادة النساء شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات من الحدود والقصاص وتقبل فيما سوى ذلك من الحقوق مالا كانت أو غير مال ثم قال صاحب العناية والاولى أن يفسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو مما يثبت بالشبهات اه أقول فيه خلل أما أولا فلأن المصنف ما استشهد بعده بحل الوطء وانما استشهد بعدم حله كما ترى وأما ثانيا فلأن حل الوطء ليس مما يثبت بالشبهات قطعا نعم لا يجب الحد بالوطء بشبهة الملك أو بشبهة المحل لكن لا يحل الوطء بشئ من ذلك كما عرف فى كتاب الحدود فان وجه الخلل الاول بتقدير المضاف بأن يكون الاصل بعدم حل الوطء يبقى الخلل الثانى بلا تحمل توجيه ثم ان بعض الفضلاء قال فى نقل عبارة العناية وهو ما يثبت بالشبهات بدل وهو مما يثبت بالشبهات وقال لفظة ما نافية أقول نسخ العناية التى رأيناها لا توافق ما ذكره وعلى فرض صحة ذلك لا يرتفع الاشكال عن كلام صاحب العناية هنا لانه لما فسر ما يحتاط فيه بالدماء والفروج لزم أن يحترز به عن الاموال بالضرورة لانها ليست من الدماء ولا من الفروج فان كان عبارة العناية فانه استشهد بعده بحل الوطء وهو ما يثبت بالشبهات وكان لفظة ما نافية لزم أن يرد عليه مثل النظر الذى أورده على سائر الشروح بأن يقال الاموال أيضا لا تثبت بالشبهات على زعمك فصارت كما استشهد به فما معنى الاحتراز عنها بتفسير ما يحتاط فيه بالدماء والفروج فيلزم أن يكون ما عداه أولى مشتركا الالزام تأمل تفهم (قوله ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص) هذا دليل آخر لمحمد رحمه الله تعالى وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا يرى أن من جرح عبد انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله تعالى لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية كذا فى العناية وكثير من الشروح وقال فى العناية بعد ذلك فان قيل ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجيب بأنه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين له ان الجناية قتل لا قطع اه أقول فيه بحث وهو انه ان أراد بقوله فى السؤال ينبغى أن يجب أرش اليد للمولى أنه ينبغى أن يجب ذلك فى مسئلة الكتاب كما هو الظاهر من قوله أرش اليد دون

وهو راجع الى الاول وقوله (ولان الاعتاق قاطع للسراية) دليل آخر وذلك لان الاعتاق يصير النهاية مخالفة للبداية وذلك يمنع القصاص ألا ترى أن من جرح عبد انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة لم يكن عليه القصاص ولا القيمة وانما يضمن النقصان فان كان خطأ فبالاتفاق وان كان عمدا فعند محمد رحمه الله لان الدليل وهو مخالفة النهاية للبداية لا يفصل بينهما وبانقطاعهما يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص كأنه تلف بآفة سماوية فان قيل ينبغى أن يجب ارش اليد للمولى لكونه جرحا بلا سراية أجيب بانه لا يجب نظرا الى حقيقة الجناية وهو القتل لانه اذا سرى تبين أن الجناية قتل لا قطع (ولهما أنا تيقنا) ثبوت ولاية الاستيفاء فى العمد للمولى فيستوفيه (لان المقضى له) وهو المولى (معلوم والحكم) وهو استيفاء القصاص (متحد فوجب القول بثبوت الاستيفاء بخلاف الفصل الاول) يعنى ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لم يجب القصاص بالاتفاق (لان المقضى له مجهول) لانا لو اعتبرنا حالة الجرح كان المقضى له هو المولى ولو اعتبرنا حالة الموت كان الورثة (ولا معتبر باختلاف السبب هنا) أى فى الفصل الثانى وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى فى العمد لان الحكم وهو استيفاء القصاص لا يختلف وهو فى الحالين لواحد وهو المولى بخلاف تلك المسئلة يعنى المستشهد بها بقوله كما اذا قال لآخر بعتنى هذه الجارية الخ فان الحكم فيها مختلف (لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما) لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين قد لا يثبته ولو أثبته لم يكن مقصودا واختلف الحكم كما اختلف السبب

والاعتاق

وقوله (والاعتاق لا يقطع السراية) جواب عن قوله ولان الاعتاق قاطع السراية ومعناه الاعتاق قاطع السراية فى صورة الخطا دون العمد وذلك لانه لا يقطع السراية (لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك فى الخطا لان العبد لا يصلح مالكا للمال) فيكون الحق حالة الجرح للمولى لكونه قبل العتق (وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبنى على أصل الحرية فيه) فالحق للعبد والمولى يستوفيه بطريق الخلافة عنه اذا الفرض أنه (لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق) والحاصل من هذا كله ان صور من قطع يد عبد غيره فأعتقه المولى ثم مات لا تزيد على أربع لانه اما ان قطع عمدا أو خطأ فان كان الاول فاما أن يكون للعبد وارث سوى المولى أو لم يكن فان كان يقطع الاعتاق السراية بالاتفاق فلا يجب القصاص لجهالة المقضى له والمقضى به وان لم يكن لا يقطعها عندهما خلافا لمحمد رحمه الله وان كان الثانى فالاعتاق يقطعها بالاتفاق سواء كان له وارث أو لم يكن فلا تجب القيمة أو الدية بل يجب نقصان القيمة بالقطع والباقى ظاهر قال (ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا) اذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما أى بين ذلك المبهم بالتعيين فى أحدهما وانما ذكره بلفظ أوقع ليدل به على أن العتق لم ينزل على أحدهما فى حق الارش معنا وان كان ظهر وقوع العتق على أحدهما فى بعض الصور كما فى الموت والقتل فانه اذا قال أحدكما حر فمات أحدهما أو قتل تعين العتق للآخر (فارشهما للمولى لان العتق غير نازل فى المعين والشجة تصادف المعين فيقيا مملوكين فى حق الشجة) فيكون أرشهما للمالك (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) لا قيمة عبدين ولا دية حرين (والفرق ان البيان وهو تعيين العتق المبهم فى أحدهما انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف) فى أصول الفقه أن البيان انشاء من وجه حتى يشترط صلاحية المحل للانشاء فلو مات أحدهما فبين العتق فيه لا يصح واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو كان انشاء من وجه لما أجبر عليه اذ المرء لا يجبر على انشاء العتق

والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك فى الخطا دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه أما العمد فوجبه القصاص والعبد مبنى على أصل الحرية فيه وعلى اعتبار أن يكون الحق له فالمولى هو الذى يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص فى الفصلين عند محمد يجب أرش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب فى الفصل الاول كالجواب عند محمد فى الثانى قال (ومن قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فأوقع العتق على أحدهما فأرشهما للمولى) لان العتق غير نازل فى المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين فى حق الشجة (ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد) والفرق أن البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف

أن يقول أرش الجرح فلا ورود للسؤال المذكور أصلا اذ يجب أرش اليد للمولى عند محمد فى مسئلة الكتاب على ما صرح به فى الكتاب فلا مجال للسؤال على دليل محمد رحمه الله بأنه ينبغى على مقتضاه أن يجب أرش اليد للمولى وان أراد به أنه ينبغى أن يجب ذلك فى المسئلة التى ذكروها ههنا على سبيل التنوير وهى ان من جرح عبد انسان ثم أعتقه مولاه ثم مات العبد من تلك الجراحة فللسؤال المذكور ورود ولكن الجواب عنه بما ذكر ممنقوض بمسئلة الكتاب فانه يجرى فيها أيضا مع انه يجب فيها أرش اليد عند محمد كما تحققته تدبر (قوله وذلك فى الخطا دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فجاء الاشتباه) أقول فى هذا المقام ضرب من الاشكال لان الحق على اعتبار حالة الموت وان كان للميت الا انه لا يتقرر عليه بل ينتقل الى المولى بالوراثة فكان من له الحق فى المال على كلتا الحالتين هو المولى فلا اشتباه ألا يرى الى قول المصنف فى صورة العمد وعلى اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذى يتولاه اذ لا وارث سواه فلا اشتباه فيمن له الحق وان ادعى ان اختلاف من له الحق ابتداء كاف فى تحقق الاشتباه المقتضى لقطع الاعتاق السراية واتحاده بالنظر الى الانتهاء والمال غير مفيد فى دفع ذلك يتجه الاشكال على صورة العمد فان حق القصاص فى هاتيك الصورة للعبد على اعتبار حالة الجرح لكون العبد مبقى على أصل الحرية فى حق القصاص كما صرحوا به وللمولى على اعتبار حالة الموت بناء على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى من ان حق استيفاء القصاص ثابت للوارث ابتداء من غير أن ينتقل اليه بطريق الوراثة كما فى الدية لان ملك القصاص انما يثبت بعد الموت والميت ليس من أهله لانه ملك الفعل ولا يتصور الفعل من الميت بخلاف الدية لان الميت من أهل الملك فى الاموال كما اذا نصب شبكة وتعقل بها صيد بعد موته على ما تقرر كله فى أول باب الشهادة فى القتل من كتاب الجنايات فيلزم اشتباه من له الحق ابتداء فى صورة العمد أيضا على أصل أبى حنيفة رحمه الله تعالى فلا يظهر الفرق بين صورتى الخطا والعمد بالوجه المذكور فى الكتاب على أصله فلا يتم التقريب على قوله فى مسئلتنا فليتأمل فى الدفع

والعبد (بعد الشجة محل البيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا له فاعتبرناه اظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل) والاصل في هذا أن القاتل اما أن يكون واحدا أو اثنين فان كان واحدا فاما أن قتلهما معا أو متعاقبا فان كان الاول فالحكم ما ذكرناه من وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له ورثة غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما تجب ديته في حال وقيمته في حال ويقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان وأما اذا اختلفتا فعليه نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن أنه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية وليس أحدهما أولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل واحد منهما وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معا أو متعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل أحدهما بعينه والعتق في حق العين كانه غير نازل وانما هو نازل في المنكر ولا نتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى أو لورثتهما وقيل هذا والاول سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة فان العتق في حق المولى ثابت في أحدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين وان لم يدر أيهما قتل أولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول قيمته لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر لك من هذا ان ما ذكره المصنف رحمه الله فيما اذا كان قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا أو اثنين وقوله (ولان القياس) معطوف على أن في قوله والفرق أن البيان انشاء ووجهه أن واذا القياس (يأبى ثبوت العتق في المجهول) لانه لا يفيد فائدة العتق من أهلية الولاية للقضاء والشهادة وما هو كذلك فلا معتبر به في الشرع (وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم) بطريق البيان بتعيين المبهم في أحدهما بعينه (فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس) لانها محل العتق (دون الاطراف) لانه ان حلها حل تبعا فيبقى العبد مملوكا في حق الاطراف على أصل القياس قال (ومن فقأ عيني مملوك) هذه المسئلة تسمى مسئلة الجثة العمياء وصورتها ظاهرة ودليل الشافعي رحمه الله كذلك وقاس على ما اذا قطع يدي حر أو مدبر وعلى ما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبارها في حق الذات أي جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف ولانها أولى باعتبار المالية فيها لانها يسلك بها مسلك الاموال

و بعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا وأحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتناه ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها

قال (ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وان شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند أبي حنيفة وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته) وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه أو فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه

(قوله وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما) أقول لقائل أن يقول الظاهر المطابق لوضع المسئلة أن يقال فاعتبر انشاء في حق من أوقع العتق عليه وهو أحدهما المتعين بالبيان فتأمل في التوجيه (قوله ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه) قال جمهور الشراح في حل هذا المقام يعني ان المالية معتبرة في حق الاطراف كما انها معتبرة في حق الذات لسقوط اعتبار المالية في حق الذات قصرا عليه أي لان اعتبار المالية في حق الذات مقتصرا عليه ساقط بالاجماع يعني لم يقتصر اعتبار المالية على الذات فحسب بل اعتبرت في حق الذات والاطراف جميعا هذا زبدة ما قالوا (أقول) فعلى هذا المعنى يكون كلام المصنف هنا منافيا لما ذكره في تعليل المسئلة المارة في صدر هذا الفصل من قبل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى حيث قال ولان فيه أي في العبد معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اه فان مدلول

(قوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف) أقول فيه بحث

واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى قلناه كما فى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا ألا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الاولى أن لا ينقسم على الاجزاء ولا يتملك الجثة

ما قاله هنالك ان المالية التى هى أدنى من الآدمية مهدرة فى حق ذات العبد لتعذر الجمع بينها وبين الآدمية وانما المعتبرة فيه هى الآدمية عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ومدلول كلامه هنا على المعنى المذكور أن المالية معتبرة فى حق ذات العبد وأطرافه جميعا عند أئمتنا فبينهما تدافع لا يخفى ثم ان صاحب العناية من بين هؤلاء الجمهور قال فى تقرير المعنى المذكور ونحن نقول ان المالية قائمة فى الذات وهى معتبرة فى حق الاطراف لان اعتبارها فى حق الذات أى فى جميع البدن وحده مقتصرا عليه ساقط بالاجماع فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف اه (أقول) فيه خلل زائد أما أولا فلأنه فسر الذات بجميع البدن وليس بصحيح لان جميع البدن من الاطراف قال فى الصحاح بدن الانسان جسده وقوله تعالى فاليوم ننجيك ببدنك قالوا بجسد لا روح فيه اه وانما المراد بالذات ما يقابل الاطراف وهو النفس واتلافها بازالة الروح وأما ثانيا فلأنه علل سقوط اقتصار اعتبار المالية على الذات بقوله فان الشرع قد أوجب كمال الدية بتفويت جنس المنفعة بتفويت الاطراف وليس بسديد لان ايجاب الشرع كمال الدية بتفويت ذلك لا يدل على اعتبار المالية فى حق الاطراف لجواز أن يكون ايجابه اياه للآدمية كما فى الحر تدبر وقال تاج الشريعة من الشراح فى حل كلام المصنف هنا يعنى ان اعتبار المالية فى الاطراف لا فى الذات لانها تسلك مسلك الاموال ولهذا لا يتحملها العاقلة وفسر الذات فى قول المصنف المالية قائمة فى الذات بالعبد حيث قال أى فى العبد وقال فى شرح قوله لسقوط اعتبارها فى حق الذات قصرا عليه يعنى ان سقوط اعتبار المالية مقتصرا فى النفس لا فى الاطراف ووجوب الضمان بدل الآدمية لا بدل المالية ولهذا لا يجاوز على عشرة آلاف بل ينقص عشرة فتكون المالية فى العبد باعتبار الاطراف اه (أقول) هذا المعنى هو المطابق لما ذكره المصنف فى تعليل المسئلة المارة فى صدر الفصل من قبل أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان فى استفادته من عبارة المصنف ههنا تمحل كثير كما ترى لكنه غير مطابق لما ذكره هنالك من قبل أبى يوسف وكلامه هنا مسوق لاقامة الحجة على الشافعى من قبل أئمتنا جميعا ولهذا قال ونحن نقول فلا بد أن يطابق لاصلهم جميعا وقد فات ذلك وبالجملة ان كلام المصنف رحمه الله هنا ليس بخال عن الاضطراب كما لا يذهب على الفطن ولعل صاحب الكافى تفطن له حيث ترك أسلوب تقرير المصنف هنا وسلك مسلكا آخر فى التقرير والبيان مع كون عادته أن يقتفى أثر المصنف فى وضع المسائل وتقرير الدلائل (قوله وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا) أقول الظاهر من هذا البيان أن المالية والآدمية معتبرتان معا فى ذات العبد أى نفسه وأطرافه أيضا

واذا كانت معتبرة فى الاطراف كان قيامها فيها كقيامها فى الذات وفواتها بفواتها كفواتها بفوات الذات فكان اتلاف الاطراف كاتلاف الذات من وجه بتفويت جنس المنفعة (وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة) فيجب الضمان (والضمان يتقدر بقيمة الكل) وأداء قيمة الكل يقتضى (تملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عينى حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عينى المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفى قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة) حتى يصير بمنزلة اتلاف النفس * ولما فرغ من الاستدلال على الشافعى رحمه الله شرع فى الاستدلال لبعض أصحابنا رحمهم الله فقال (ولهما) أى لابى يوسف ومحمد رحمهما الله (أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذى ذكرناه) وهو قوله وقالا ان شاء أمسك العبد الخ وبين الملازمة بقوله (كما فى سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة فى الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الاطراف أيضا ألا ترى ان عبدا الخ) وهو واضح وقوله (ثم من أحكام الاولى) أى الآدمية (أن لا ينقسم على الاجزاء) أى لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والفائت من الطرف بل يكون بازاء الفائت لا غير كما فى فقء عينى الحر (ولا يتملك الجثة)

وقوله (ومن أحكام الثانية) أي المالية (أن ينقسم) أي موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة ويملك الجثة كما في تخريق الثوب (فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم) يعني بالنظر الى الآدمية ينبغي أن لا يجب الضمان متوزعا بل بازاء الفائت لا غير و بالنظر الى المالية ليس له أن يأخذ كل بدل العين مع امساكه الجثة كما أنه ليس له ذلك في المال وفيما قالا الغاء لجانب الآدمية حيث جعلاه كالثوب المخروق وفيما قال الشافعي رحمه الله الغاء الجانب المالية أصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه فوفرنا على الشبهين حظهما وقلنا ان شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته نظرا الى المالية وان شاء أمسكه ولا شئ له نظرا الى الآدمية والله أعلم

﴿ فصل في جناية المدبر وأم الولد ﴾ لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة منه في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد غير أن أم الولد أحط رتبة أيضا من المدبر في ذلك الاسم حتى ان القاضي لو قضى بجواز بيعها لا ينفذ بخلاف المدبر وهي انثى أيضا فالانوثة والانحطاط في اسم المملوكية أوجبا تأخيرذكرها عن ذكر المدبر قال (واذا جنى المدبر وأم الولد جناية ضمن المولى الخ) جناية المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة (لما روى أن أبا عبيدة ابن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه) وكان أميرا بالشام وقضاياه تظهر بين الصحابة رضي الله عنهم وكان حكمه بمحضر من الصحابة ولم ينكره عليه أحد فحل محل الاجماع (ولانه صار مانعا من تسليمه) كما ذكره في الكتاب ويضمن المولى الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة وقوله (ولا يخير بين الاقل والاكثر) واضح ويتضاربون

ومن أحكام الثانية أن ينقسم و يملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

﴿ فصل في جناية المدبر وأم الولد ﴾ قال (واذا جنى المدبر أو أم الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن أرشها) لما روى عن أبي عبيدة رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء (وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة) لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك

عند أبي حنيفة رحمه الله وقد مر من المصنف في أول الفصل ان المعتبر في ذات العبد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هي الآدمية دون المالية فانها مهدرة في ذاته عندهما في فصل الجناية ولهذا لو زادت قيمته على تمام الدية ينقص عنه عشرة دراهم عندهما فكان بين كلاميه في المقامين تدافع اللهم الا أن يحمل قوله هنا ان المالية وان كانت معتبرة في الذات على مجرد الفرض فالمعنى ان المالية وان فرضت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه لكنه لا يخلو عن بعد

﴿ فصل في جناية المدبر وأم الولد والجناية على كل واحد منهما ﴾ لما ذكر باب جناية المملوك والجناية عليه قدم من هو أكمل في استحقاق اسم المملوكية وهو العبد ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيه ان الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق كما صرح وابه بخلاف المكاتب فانه على العكس اه (أقول) في الجواب عنه من طرف الشراح ان كمال الملك في المدبر وأم الولد بالنسبة الى المكاتب حيث يملكهما المولى يدا ورقبة بخلاف المكاتب فان مولاه يملكه رقبة لا يدا كما عرف في محله لا ينافي أكملية الملك في العبد فان مولاه كما يملكه يدا ورقبة يملكه من جهات عامة التصرفات فيه بخلاف المدبر وأم الولد فان مولاهما لا يملك التصرف فيهما من جهة البيع والهبة واشباههما لانهما لا يصلحان لذلك عندنا على ما عرف أيضا في محله ولا يخفى أن أكملية الملك في العبد كافية في تقديمه على المدبر وأم الولد في الذكر في باب جناية المملوك والجناية عليه وقد أفصح عنه عبارة الشراح حيث

(قوله وفيما قاله الشافعي الغاء لجانب المالية أصلا حيث جعله كحر فقئ عيناه) أقول الشافعي اعتبر المالية فيما اذا قتل العبد خطأ فما باله اعتبر ههنا الآدمية

﴿ فصل في جناية المدبر وأم الولد ﴾ (قوله وهو العبد) أقول الاولى وهو القن (قوله ثم ذكر فصل من هو أحط رتبة في اسم المملوكية وهو المدبر وأم الولد) أقول فيه أن الملك كامل في المدبر وأم الولد دون الرق على ما صرحوا به بخلاف المكاتب فانه على العكس

وقوله (ويتضاربون بالحصص فيها) أى فى القيمة (وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه) قال فى النهاية ومن صورته ماذكره فى المبسوط قال واذا اقتل المدبر رجلا خطأ وقيمته ألف درهم ثم زادت قيمته الى ألفين ثم قتل آخر خطأ ثم أصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل آخر خطأ فعلى مولاه ألفا درهم لانه جنى على الثانى وقيمته ألفان ولولم يكن منه الا تلك الجناية لكان المولى ضامنا قيمته ألفين ثم ألف من هذا لولى القتيل الاوسط خاصة لان ولى الاول انما يثبت حقه فى قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم فلا حق له فى الألف الثانية فيسلم ذلك لولى القتيل الأوسط وخمسمائة من الألف الأولى بين ولى القتيل الاول وبين الاوسط لانه لاحق فى هذه الخمسمائة لولى القتيل الثالث وانما حقه فى قيمته يوم جنى على وليه فتقسم هذه الخمسمائة بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة آلاف والاوسط بتسعة آلاف لانه وصل اليه من حقه ألف والخمسمائة الباقية بينهم (٣٧٧) جميعا يضرب فيها الآخر بعشرة آلاف لانه ماوصل اليه شئ من حقه ويضرب الاول بعشرة آلاف الا ما أخذ لانه وصل اليه من حقه مقدار المأخوذ فلا يضرب به وكذلك الاوسط لا يضرب بما أخذ فى المرتين وانما يضرب بما بقى من حقه فتقسم الخمسمائة بينهم على ذلك وقوله (فلا شئ عليه) أى على المولى لانه مالزمه أكثر من قيمة واحدة بجناياته وهو مجبور على الدفع فلم يبق عليه شئ وقوله (وان دفع قيمته بغير قضاء فالولى بالخيار) أى فولى الجناية الثانية بالخيار (ان شاء اتبع المولى) بنصف قيمته فى ذمته ثم يرجع المولى على الاول لانه تبين أنه استوفى منه زيادة على مقدار حقه (وان شاء اتبع ولى الجناية) الاولى (وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لاشئ على المولى)

ويتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد فى حال الجناية عليه لان المنع فى هذا الوقت يتحقق قال (فان جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولى الاولى بقضاء فلا شئ عليه) لانه مجبور على الدفع قال (وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولى بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولى الجناية وهذا عند أبى حنيفة وقالا لاشئ على المولى) لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا دفع بالقضاء ولأبى حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وولى الاولى ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت كالمقارنة فى حق التضمين لابطاله ماتعلق به من حق ولى الثانية عملا بالشبهين

قالوا اقدم من هو أكمل فى استحقاق اسم المملوكية وهو العبد فتبصر (قوله عملا بالشبهين) قال جمهور الشراح يعنى لما عملنا بشبه التأخر فى ضمان الجناية حتى اعتبرنا قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها وجب أن نعمل بشبه المقارنة فى حق تضمين نصف المدفوع اهـ (أقول) فيه نظر اذ للخصم أن يقول قد تحقق العمل بشبه المقارنة فى حق تشريك ولى الجناية الثانية لولى الجناية الاولى اذ لولا العمل بذلك لكان المدفوع كله لولى الجناية الاولى خاصة لتقدمه فى استحقاق المدفوع على ولى الجناية الثانية حقيقة وحكما ولكن لما جعلنا الثانية مقارنة للاولى حكما عملنا بشبه المقارنة فشركنا ولى الثانية لولى الاولى كما دل عليه قول المصنف لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى فاذا وقع العمل بشبه المقارنة مرة فقد وجد العمل بالشبهين فلم يبق الاحتياج الى العمل بشبهها مرة أخرى بتضمين بعض المدفوع للمولى وقال صاحب الغاية فى بيان معنى المقام جعلت الثانية كالمقارنة فى حق التضمين اذا وقع بغير قضاء لانه أبطل ماتعلق به حق الثانى ولم تجعل كالمقارنة اذا وقع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهى المقارنة والتأخر اهـ وقد نقله صاحب العناية بقيل بعد ان ذكر المعنى الاول ولم يتعرض له بشئ (أقول) فيه خلل لان العمل بالشبهين أمر واجب مهما أمكن على ما عرف فى موضعه فلما أمكن العمل بهما فى صورة واحدة مما نحن فيه وهى ما اذا وقع الدفع بغير قضاء كما ظهر مما سبق لم يصح المصير فى اعتبار العمل بهما الى التوزيع على مجموع الصورتين كما فعله ذلك القائل وانما كان يصح

لانه ليس بجان فى الدفع (لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة وقد دفع كل الحق الى مستحقه فصار كما اذا دفع بالقضاء) لانه فعل بنفسه عين ما يأمره القاضى لو رفع اليه فيكون القضاء وغير القضاء فيه سواء كما فى الرجوع فى الهبة ولأبى حنيفة رحمه الله ان كل واحد من الدافع والقابض جان أما الدافع وهو المولى فلانه دفع حق ولى الجناية الثانية طوعا وأما القابض وهو ولى الجناية الاولى فيقبض حق ولى الثانية ظلما والرجوع على الجانى جائز فيخير فى الرجوع وبين ذلك بقوله (وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الاولى ومتأخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته يوم الجناية الثانية فى حقها فجعلت الثانية كالمقارنة للاولى فى حق التضمين لابطاله) أى ابطال المولى (ماتعلق به من حق ولى الجناية الثانية) وذلك لانه يجب عليه الضمان باعتبار منع الرقبة بالتدبير السابق وذلك فى حق أولياء الجنايتين سواء فيجعل كأن الدفع كان بعد وجود الجنايتين جميعا وهناك لو دفع الى أحدهما جميع القيمة بغير قضاء كان للآخر الخيار فكذلك ههنا وقوله (عملا بالشبهين)

يعني لما عمل بشبهه التأخر في ضمان الجناية حتى اعتبر نا قيمته يوم الجناية الثانية في حقها وجب أن يعمل بشبه المقارنة في حق تضمين نصف المدفوع وقيل جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين اذا دفع بغير قضاء لانه أبطل ما تعلق به حق الثاني ولم تجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء لانه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتاخر وقوله (واذا أعتق المولى المدبر الخ) واضح

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل) ذكر في هذه المسألة أن غصب العبد بعد أن قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وفرق بينهما (بأن الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني

(واذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه الا قيمة واحدة) لان الضمان انما وجب عليه بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة (وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا) لان الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير (واذا أقر المدبر بجناية الخطأ لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق أو لم يعتق) لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد والله أعلم

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

قال (ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع وان كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه) والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني

فكانت

ذلك لم يتصور العمل بهما في صورة واحدة بل كان اعتباره موقوفا على مجموع الصورتين وليس فليس ثم انه يرد عليه أيضا أن يقال يتحقق العمل بالشبهين بأن تجعل الثانية كالمقارنة للاولى في حق تشريك ولي الثانية لولي الاولى وان تجعل متأخرة عنها من حيث أن يعتبر قيمته يوم الجناية فلم يقتض العمل بهما ما هو المطلوب هنا كما لا يخفى

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

قال في النهاية لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وذكر حكم من يلحق به اهـ واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه قصور وفتور أما أولا فلأن وجه ذكر غصب العبد في هذا الباب كان ضائعا على هذا التوجيه وأما ثانيا فلأن ما ذكر في هذا الباب مما يرد على المدبر ويرد منه من قبيل الجناية عليه أو الجناية منه فكان من حكم المدبر في الجناية فما معنى قوله لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه وأما ثالثا فلأن الصبي ليس بملحق بالمدبر في حكمه المذكور في هذا الباب كما لا يخفى على الناظر المتأمل في المسائل الآتية في هذا الباب نعم يجوز أن يعد ملحقا بالمدبر بل بالعبد في كونه محجورا عن التصرفات على ما بين في كتاب الحجر ولكنه لا يقتضي ذكر حكمه في هذا الباب دون الباب السابق فلا يتم التقريب في قوله وذكر حكم من يلحق به وقال في معراج الدراية لما ذكر حكم العبد والمدبر في الجناية شرع في بيان ما يرد عليهما وما يرد منهما وذكر حكم من يلحق بهما اهـ (أقول) وقع فيه تدارك دفع المحذور الاول من المحذورات الواردة على تقرير صاحبي النهاية والعناية ولكن بقي المحذوران الاخيران منها واردين عليه أيضا كما ترى وقال في غاية البيان لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان حكم غصب الصبي اهـ وتبعه العيني (أقول) هذا أشبه الوجوه المذكورة وان أمكن التقرير بأحسن منه تدبر (قوله والفرق أن الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية الخ)

(قوله وجب أن يعمل بشبه المقارنة) أقول قد عمل به في حق تشريكه لولي الجناية الاولى ثم الاولى تبديل النصف بالبعض

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك﴾

(قوله ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا) أقول هذا الفرق مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب الملك وصفا والغاصب لا يملك الا باداء الضمان ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد فتحققه لان معنى قولهم بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الا أن ينسب ذلك الى غير الجاني كذا في شرح الزيلعي وفيه أن المراد بقطع السراية ليس ما هو المعروف بل أن لا يجعل الهلاك مضافا الى قطع المولى فيبرأ الغاصب عن الضمان فانه يجعل في حق الغاصب كأنه مات بآفة سماوية فيضمن فليتأمل

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا) وكيف لا يكون مستردا (وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان) واعترض الامام قاضيخان بأن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية مالم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لان السراية انما تنقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب أما قبله فلا قال نص عليه فى آخر رهن الجامع الثانى من جناياته الا أنه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد أقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان وفيه نظر لانا لا نسلم أن يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا ولا مرجحا وقوله (واذا غصب العبد المحجور عليه) واضح وقوله (مؤاخذ بأفعاله) يعنى فى حال رقه وأما فى أقواله فان كان فيما يوجب الحدود والقصاص فكذلك وان كان فيما يجب به المال فلا يؤاخذ به فى رقه وانما يؤاخذ به بعد الحرية وقوله (ومن غصب مدبرا) واضح وقوله (من غير أن يصير مختارا للفداء) لان المولى لم يعلم وقت التدبير بجناية تحدث من المدبر فى المستقبل فصار هذا بمنزلة اعتاق العبد الجانى من غير علم بجنايته فان فيه الاقل من قيمته ومن الارش فكذا هذا وقوله (فيصير) ظاهر وقوله (فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب) أى بسبب كان عند الغاصب كما اذا غصب عبدا فجنى فى يده فرده الى المولى فجنى جناية فدفع الى ولى الجنايتين كان للمولى أن يأخذ من الغاصب نصف قيمته كذا هذا وقوله (ويدفعه) أى النصف المأخوذ من الغاصب (الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع بذلك) أى بالمدفوع الى ولى الجناية (على الغاصب وهذا) أى هذا الدفع الثانى والرجوع الثانى (عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله)

فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان قال (واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات فى يده فهو ضامن) لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لان المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا للفداء فيصير مبطلا حق أولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما فى الموجب قال (ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب) لانه استحق نصف البدل بسبب كان فى يد الغاصب فصار كما اذا استحق نصف العبد بهذا السبب قال (ويدفعه الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله

واعترض الامام قاضيخان فى شرح الجامع الصغير على هذا التعليل بعد ان نقله عن بعض المشايخ ثم علل المسئلة بوجه آخر حيث قال بعد نقل ذلك الا أن هذا يخالف مذهبنا فان الغصب لا يقطع السراية مالم يملك البدل على الغاصب بقضاء أو رضا لان السراية انما تقطع به باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب وأما قبله فلا كما نص عليه فى آخر رهن الجامع والباب الثانى من جناياته الا انه انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد اقطع لان السراية وان لم تنقطع فالغصب ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب ولم يرتفع لان الشئ انما يرتفع بما هو فوقه أو مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب حقيقة وحكما ويد المولى باعتبار السراية ثبتت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب لم تثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان بخلاف ما لو جنى عليه بعد الغصب لان الغصب يرتفع بها الى هنا كلام قاضيخان وقد نقله جماعة من الشراح ولم يتعرضوا له بشئ وأما صاحب العناية فبعد ان نقل ما قاله قاضيخان أورد على ما اختاره من التعليل نظرا حيث قال وفيه نظر لانا لا نسلم ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجبة الرفع لكونها عدوانا لا تصلح معارضا ولا مرجحا انتهى (أقول) نظره ساقط اذ لا وجه لمنع ثبوت يد الغاصب عليه حكما فان معنى ثبوت اليد على الشئ حكما أن يترتب على تلك اليد حكم من الاحكام وقد ترتب على يد الغاصب فيما نحن فيه وجوب الضمان بالاجماع

(قوله لان السراية انما تنقطع به) أقول ضمير به راجع الى الغصب (قوله ولا يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان) أقول قال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد شيأ من بدل العبد فى يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه فاذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب

وأما سند منعه فليس بتام أيضا اذ لا محذور فى ان يثبت على الشئ الواحد يدان حكميتان بكونهما من جهتين مختلفتين وههنا كذلك فان ثبوت يد المولى على العبد المغصوب منه حكما باعتبار سراية القطع الذى صدر منه فى يده وثبوت يد الغاصب عليه حكما باعتبار ثبوت يده عليه حقيقة فاختلفت الجهتان (قوله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد) قال تاج الشريعة حوابا عنه من قبل الامامين وهما يقولان ليس هذا عوض ما أخذه ولى الجناية الاولى حتى يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد بل هو عوض ما أخذه ولى الجناية الثانية فلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك واحد اه (أقول) فيه نظر لان الذى يرجع به المولى على الغاصب كيف يصلح أن يكون عوض ما أخذه ولى الجناية الثانية والجناية الثانية فى مسئلتنا هذه وقعت عند المولى لا عند الغاصب فأنى يصح أن يأخذ المولى من الغاصب عوضا عما دفعه الى ولى الجناية التى صدرت من مدبره حال كونه فى يده والعهدة فى مثل ذلك على ذى اليد دون غيره كما لا ريب فيه وعن هذا فرق محمد بين هذه المسئلة وبين المسئلة الآتية التى هى عكس هذه المسئلة حيث وافق الامامين هنالك كما ستطلع عليه وقال صاحب العناية والجواب ان المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولى الجناية الاولى عوضا عما أخذه ولى الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد اه (أقول) هذا قريب مما ذكره تاج الشريعة الا أن فى تقريره مساغ التخلص عما أوردناه على تقرير تاج الشريعة حيث اعتبر التعارض فى جانب الدفع الى ولى الجناية الاولى لا فى جانب الرجوع على الغاصب تأمل تفهم ثم ان الاظهر فى الجواب عما قاله محمد من الجمع بين البدل والمبدل ما ذكره جمهور الشراح وعزاه صاحب الغاية الى الامام قاضيخان حيث قال وجوابه ما قال فخر الدين قاضيخان ان ما أخذه المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولى الجناية الاولى من العبد فيما بين المولى والغاصب وأما فى حق ولى الجناية الاولى فلا يعتبر بدلا عن العبد بل يعتبر بدلا عن الميت و يكون الشئ الواحد بدلا عن عين فى حق انسان و يكون بدلا عن شئ آخر فى حق غيره كالنصرانى اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز و يكون المأخوذ بدل الخمر فى حق النصرانى وفى حق المسلم بدل دينه كذا ههنا اه (قوله ولهما أن حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى الخ) قال فى العناية واعترض بأن الثانية مقارنة للاولى حكما فكيف يكون حق الاول فى جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع اه (أقول) فى الجواب بحث لانا لا نسلم أن المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير بل جعلت حكما أيضا فى حق مشاركة ولى الجناية الثانية لولى الجناية الاولى كما أرشد اليه قول المصنف فى الفصل السابق لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولى الجناية الثانية الاولى اه فاذا جعلت المقارنة حكما فى حق مشاركة ولى الجناية الثانية أيضا كان ولى الجناية الثانية مزاحما لولى الجناية الاولى فى استحقاقه جميع القيمة فكيف يأخذ ولى الجناية الاولى وحده كل القيمة مع مزاحمة ولى الثانية له فى استحقاقها اياه وان كان الاعتبار لتقدم الاولى حقيقة دون المقارنة الحكمية ينبغى أن لا يستحق ولى الثانية شيأ من قيمة المدبر وليس الامر كذلك

قال

وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له) أى لا يدفعه الى ولى الجناية الاولى (لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى فلا يدفعه اليه لئلا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد ولئلا يتكرر الاستحقاق) والجواب أن المولى ملك ما قبضه من الغاصب ودفعه الى ولى الجناية الأولى عوضا عما أخذه ولى الجناية الثانية دون الاولى فلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد (ولهما أن حق الأول فى جميع القيمة لانه حين جنى فى حقه لا يزاحمه أحد وانما انتقص حقه بمزاحمة الثانى فاذا وجد شيأ من بدل العبد فى يد المالك فارغا أخذه اتماما لحقه واذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان فى يد الغاصب) واعترض بأن الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول فى جميع القيمة والجواب أن المقارنة جعلت حكما فى حق التضمين لا غير والاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم وأمكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان و يرجع بنصف القيمة على الغاصب) لما بينا فى الفصل الاول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هى فى يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة فى العبد فقال (ومن غصب عبدا فجنى فى يده ثم رده فجنى جناية أخرى فان المولى يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه الى الاول و يرجع به على الغاصب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى فى يده دفعه المولى نصفين و يرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به) والجواب فى العبد كالجواب فى المدبر فى جميع ماذكرنا الا أن فى هذا الفصل يدفع المولى العبد وفى الاول يدفع القيمة قال (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفان) لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة (ثم يرجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا فى يد الغاصب (فيدفع نصفها الى الاول) لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية عليه لاحق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال (و يرجع به على الغاصب) لان الاستحقاق بسبب كان فى يده و يسلم له ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لاحق له الا فى النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد أن فى الاولى الذى يرجع به عوض عما سلم لولى الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت فى يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق

بالاجماع فليتأمل فى الجواب الشافى (قوله ولا الى ولى الجناية الثانية لانه لاحق له الا فى النصف لسبق حق الاول) أقول لقائل أن يقول ان كان حق ولى الجناية الثانية يتعلق رأسا بنصف القيمة لا بكلها كما هو الظاهر من قوله لانه لاحق له الا فى النصف ينبغى أن لا تكون التى وجبت على المولى بين ولى الجنايتين نصفين كما هو المذكور فى وضع المسئلة بل ينبغى أن يكون بينهما أثلاثا ثلثاه لولى الجناية الاولى وثلثه لولى الجناية الثانية لان حق ولى الجناية الاولى قد تعلق بكل القيمة كما صرح به المصنف فيما قبل حيث قال لانه استحق كل القيمة وعلى تقدير أن يتعلق حق ولى الجناية الثانية بنصف القيمة يكون حقه فى القيمة نصف حق ولى الجناية الاولى فينبغى أن يتضاربا فى القيمة بقدر حقيهما فيها اذ قد مر فى الفصل السابق أن جنايات المدبر اذا توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع من المولى الا فى رقبة واحدة وأولياء الجنايات يتضاربون بالحصص فيها وان كان حق ولى الجناية الثانية يتعلق أيضا بكل القيمة ولكن يسقط نصفها بالتزاحم فيكون حقه الباقى له نصفها وكان هذا هو المراد بقول المصنف لاحق له الا فى النصف ينبغى أن يدفع المولى ما يرجع به على الغاصب ثانيا الى ولى الجناية الثانية لان حقه كان فى كل القيمة كولى الجناية الاولى الا أنه سقط نصفها بالتزاحم فلما اندفع التزاحم بوصول حق ولى الجناية الاولى اليه بتمامه كان ينبغى أن يعود حق ولى الجناية الثانية فى النصف الساقط بالتزاحم اليه كحق ولى الجناية الاولى * ثم أقول يمكن أن يجاب بأن يختار الشق الثانى و يقال فى الفرق بين ولى الجنايتين ان حق الاول يتعلق بكل القيمة ثم ينتقص نصفها بتزاحم الثانى من بعد ذلك ولكن لا يسقط بالكلية وحق الثانى أيضا يتعلق بكلها ولكن يسقط نصفها

قال (وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل) هذه المسئلة عكس المسئلة المتقدمة من حيث الوضع وحكمه ماذكره وهو بالاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله بينها و بين المسئلة المتقدمة أنه متى دفع نصف المقبوض من الغاصب الى ولى الجناية الاولى لم يؤد الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الاولى عند المولى كان ما أخذه المولى من الغاصب بدلا عما دفع الى ولى الجناية الثانية دون الاولى لان الثانية هى الموجودة عند الغاصب واذا لم يكن بدلا عما دفع اليه لا يلزم بالدفع جمع بين البدل والمبدل وقوله (ثم وضع) يعنى أن محمدا رحمه الله وضع فى الجامع الصغير هذه المسئلة فى العبد بعد ما وضعها فى المدبر وكلامه فيه واضح وقوله (ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية) كذلك وقوله (ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف) يعنى قال بعض المشايخ رحمهم الله فى هذه المسئلة خلاف محمد رحمه الله أيضا كما فى المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولى الجناية الاولى ما بقى من حقه وقيل على الاتفاق و يأخذ ولى الجناية الاولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى اذا رجع على الغاصب قيل وهذا هو الصحيح لان محمدا رحمه الله ذكر هذه المسئلة فى الجامع الصغير بلا خلاف وكذا قرره فخر الاسلام رحمه الله وغيره فى شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد رحمه الله الى الفرق بين هاتين المسئلتين وقد ذكره فى الكتاب لكن

(قوله قيل وهذا هو الصحيح) أقول القائل هو الاتقانى

قوله (فأما في هذه المسئلة فيمكن الخ) فيه نظر فان الجناية الثانية وان حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه وقوله (ومن غصب صبيا حرا) أي ذهب به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة وهو أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته وكلامه ظاهر خلا أنه يرد على وجه الاستحسان ما اذا غصب مكاتبا ونقله الى هذه الاماكن وهلك فانه لا ضمان والتعدي في التسبيب فيه موجود وأجيب بأن المكاتب في يد نفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه فكان كالحر الكبير والحر الكبير في يد نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا نقل الى هذه الاماكن تعديا فأصابه شيء من ذلك أجيب بأن حكمه أن ينظر ان كان الناقل قيده ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه بما صنع فيه فيجب الضمان على الغاصب وان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فكان حكم الحر الصغير حكم الحر الكبير المقيد بحيث لا يمكنه حفظ نفسه قال (واذا أودع صبي عبدا فقتله) كلامه ظاهر وذكر في شرح الطحاوي ومن أودع عند صبي مالا فهلك في يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة بأمر وليه ضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا في الحال ولا بعد الادراك وقال أبو يوسف رحمه الله يضمن في الحال وأجمعوا على أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون عنده وديعة ضمن في الحال وهو تفسير حسن وقوله (وهذا يدل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق) وكما يساعده فيه فخر الاسلام رحمه الله حيث ذكره في الجامع الصغير هكذا وأما في غيره من شروح الجامع الصغير لصدر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي فالحكم على خلاف هذا حيث قالوا فيها هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا فلا يضمن في قولهم جميعا

فاما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه قال (ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة أو بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة أو نهسة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية) وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق ألا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا أولى وجه الاستحسان أنه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد أزال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بأنه يضمن فتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال (واذا أودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان أودع طعاما فأكله لم يضمن) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين جميعا وعلى هذا اذا أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي وقال محمد في أصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه أتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا

بالكلية بتزاحم الاول وذلك لانه لا حق لغير الاول عند وجود الجناية الاولى فانعقدت سببا موجبا لاستحقاق كل القيمة وانتقاص حقه انما كان بعارض حدوث المزاحمة بعد ذلك بخلاف الجناية الثانية فانها وجدت والمزاحم مقارن فلم تنعقد سببا موجبا لاستحقاق الزائد على النصف فسقط ما وراء النصف والساقط متلاش فلا يعود كما تقرر عندهم ومر في مواضع شتى من الكتاب هذا غاية ما تيسر من الكلام في توجيه المقام (قوله فاما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه) قال صاحب العناية فيه نظر فان الجناية الثانية وان

(قوله فيه نظر فان الجناية الثانية الخ) أقول فيه نظر فانه لما أخذ ولي الجناية الاولى ما رجع به المولى أول مرة على الغاصب عوضا عما سلم لولي الثانية لو جد انه شيأ فارغا من بدل العقل في يد المالك رجع المولى ثانيا على الغاصب لان الاستحقاق كان بسبب كان في يده ولا يلزم في ذلك أن يبقى لولي الثانية استحقاق كما لا يخفى فتأمل

وقوله (وكما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع) يعني أنه يضمن المتلف ولو كان التسليط على الاستهلاك في حق الصبي المودع لثبت في حق غيره أيضا لان المال الذي سلط على استهلاكه بمنزلة المال المباح فكل من أتلفه لا يجب الضمان عليه ومعنى التسليط تحويل يده في المال اليه وقوله (في يد مانعة) أي من الايداع والاعارة يعني ان المودع وضع المال في يد مانعة عن الايداع ومن فعل كذلك لا يستحق النظر لانه أوقع ماله في يد تمنع يد غيره عليه باختياره الا اذا كان وضعه فيها باقامة غيره مقام نفسه في الحفظ ولم توجد الاقامة لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه فكان تضييعا من جهته وفي قوله (لانه لا ولاية له على الصبي) نظر لان اقامة غيره مقام نفسه لا يستدعي ثبوت ولاية القيم على المقام مقام نفسه والا لانسد باب الوديعة ويمكن أن يقال انما قال ذلك جوابا عما يقال لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف لضمن الاب مال الوديعة بتسليمه ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم اليه تضييع على هذا التقدير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا ضمان عليه فكانه قال اقامة غيره مقام نفسه تستلزم اما ولاية المقيم على من أقامه مقامه كما في هذه الصورة أو ولاية المقام على نفسه كما في سائر صور الودائع ولم يوجد شيء من ذلك

و كما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد انه أتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا أتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الاستقلال على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على أنفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقي على أصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وضع في يده المال دون غيره قال (وان استهلك مالا ضمن) يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد والله أعلم بالصواب

﴿باب القسامة﴾

قال (واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم

حصلت في يد الغاصب لكن أخذ المولى منه حقها أول مرة ولم يبق لوليها استحقاق حتى يجعل المأخوذ من الغاصب ثانيا في مقابلة ما أخذه اه (أقول) هذا النظر ناشئ من غلط في استخراج مراد المصنف رحمه الله فان الشارح المذكور زعم أن مراد المصنف بما يجعل عوضا عن الجناية الثانية في قوله يمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية هو الذي يرجع به المولى على الغاصب ثانيا فبنى نظره المزبور عليه ولا شك ان مراد المصنف بذلك هو الذي يرجع به المولى على الغاصب أول مرة وهو النصف الذي كان حقا لولي الجناية الثانية ورجع به المولى على الغاصب أول مرة في ضمن رجوعه عليه بالكل فلا اتجاه أصلا لما قال وماذا بعد الحق الا الضلال

﴿باب القسامة﴾

لما كان أمر القتيل يؤول الى القسامة فيما اذا لم يعلم قاتله ذكرها في باب على حدة في آخر الديات ثم ان

في ايداع الصبي الاجنبي وقوله (لان عصمته لحقه) أي لحق العبد يعني لا باعتبار أن المالك يعصمه لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك فلما لم يوجد التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان صغيرا أو كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك أن يستهلكها فيجوز تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط ونوقض بما اذا أودع الصبي شاة فخنقها فانه لا يضمن ورب الشاة ما كان يملك ذلك بحكم ملكه فلم يوجد التسليط

والجواب ان كلامنا فيما لا يملك اتلافه من حيث كونه أجنبيا والشاة ليست كذلك وانما لم يملك خنقها من حيث انه تضييع فكان كالتسبيب وقوله (لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي الذي وقع في يده المال دون غيره) يعني أن المالك بالايداع عند الصبي انما أسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وماله معصوم في حق غيره كما كان والله تعالى أعلم

﴿باب القسامة﴾

لما كان أمر القتيل في بعض الاحوال يؤول الى القسامة ذكرها في آخر الديات في باب على حدة وهي في اللغة اسم وضع موضع الاقسام وفي الشرع أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر يقول كل واحد منهم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرنا وركنها اجراء اليمين المذكورة على لسانه

(قوله ولو كان التسليط) أقول أي ثبت (قوله فيه نظر لان اقامة غيره مقام نفسه الخ) أقول في تمشية النظر تأمل ﴿باب القسامة﴾

يتخيرهم الولي بالله ماقتلناه ولاعلمنا له قاتلا) وقال الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو شهادة عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه

القسامة في اللغة اسم وضع موضع الاقسام كذا في عامة الشروح أخذا من المغرب وقال في معراج الدراية القسامة لغة مصدر أقسم قسامة أو اسم وضع موضع الاقسام انتهى أقول لا أرى وجه صحة لكون القسامة مصدر أقسم كما لا يخفى على من له دربة بعلم الادب وأما في الشريعة فهي أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار وجد فيها قتيل به أثر جراحة يقول كل منهم بالله ماقتلته وماعلمت له قاتلا كذا في العناية أقول فيه قصور فانه يخرج منه ما اذا وجد القتيل لا في محلة ولا في دار بل في موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه مع أنه يجب في هذه الصورة أيضا قسامة شرعية كما صرحوا به ويجيء في الكتاب ولا يقال انه بنى الكلام على ماهو الاكثر وقوعا لان المقام مقام تعريف لمعنى القسامة في الشريعة فلا بد من أن يكون جامعا ومانعا كما لا يخفى فالاولى أن يزاد عليه قيود فيقال هي في الشريعة أيمان يقسم بها أهل محلة أو دار أو موضع خارج من مصر أو قرية قريب منه بحيث يسمع الصوت منه اذا وجد في شيء منها قتيل به أثر لا يعلم من قتله يقول كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا وقال في النهاية وأما تفسيرها شرعا فما روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه قال في القتيل يوجد في المحلة أو دار رجل في المصران كان به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق ولا يعلم من قتله يقسم خمسون رجلا من أهل المحلة كل منهم بالله ماقتلته ولا علمت له قاتلا انتهى أقول فيه سماجة لا تخفى فان ماروى أبو يوسف عن أبي حنيفة على ماذكر في النهاية انما هو مسئلة القسامة لا تفسير القسامة شرعا فان التفسير من قبيل التصورات وماذكر فيها تصديق من قبيل الشرطيات كما ترى نعم يمكن أن يؤخذ منه تفسير القسامة شرعا بتدقيق النظر لكنه في موضع بيان معنى القسامة شرعا في أول الباب تعسف خارج عن سنن الصواب ثم قال في النهاية وأما شرطها فهو أن يكون المقسم رجلا بالغا عاقلا حرا فلذلك لم يدخل في القسامة المرأة والصبي والمجنون والعبد وأن يكون في الميت الموجود أثر القتل وأما لو وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية ومن شروطها أيضا تكميل اليمين بالخمسين انتهى وفي غاية البيان أيضا كذلك أقول فيه كلام أما أولا فلان شروطها غير منحصرة بما ذكر فان منها أيضا أن لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص أو الدية كما تقدم ومنها أن يكون القتيل من بني آدم فلا قسامة في بهيمة وجدت في محلة قوم ولا غرم فيها ومنها الدعوى من أولياء القتيل لان القسامة يمين واليمين لا تجب بدون الدعوى كما في سائر الدعاوى ومنها انكار المدعى عليه لان اليمين وظيفة المنكر ومنها المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعي وحق الانسان يوفى عند طلبه كما في سائر الايمان ومنها أن يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد أو في يد أحد فان لم يكن ملكا لاحد ولا في يد أحد أصلا فلا قسامة فيه ولا دية ومنها أن لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن أو مدبر أو أم ولد أو مكاتب أو مأذون وجد قتيلا في دار مولاه نص في البدائع على هاتيك الشروط كلها بالوجه الذي ذكرناه مع زيادة تفصيل فما وجه ذكر بعض الشروط وترك أكثرها وأما ثانيا فلانه اذا وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة واذا حلف يجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية نص عليه في البدائع وقال ذكره القاضي في شرحه لمختصر الطحاوي فما معنى جعل كون المقسم حرا من شروطها اللهم الا أن يقال المكاتب حر يدا وان لم يكن حرا رقبة كما صرحوا به ومر في

وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل في الميت وتكميل اليمين خمسين وحكمها القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان أبوا ان ادعى الولي العمد وبالدية عند النكول ان ادعى الخطأ ومحاسنها تعظيم خطر الدماء وصيانتها عن الاهدار وخلاص المتهم بالقتل عن القصاص ودليل شرعيتها الاحاديث المذكورة على ماسيأتي وقوله (يتخيرهم الولي) أي يختار من القوم من يحلفهم وقوله (بالله ماقتلناه) على طريق الحكاية عن الجميع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا يحلف بالله ماقتلنا لجواز أنه باشر القتل بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ماقتلنا

(قوله وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته) أقول وذكورته ويجوز أن يقال أشار اليه بلفظ المقسم وفيه شيء والاصوب أن يقال المرأة من أهل القسامة في الجملة ألا ترى اذا وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها كما يجيء في آخر الباب

وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين بل يردها على الولى فان حلفوا الدية عليهم للشافعى فى البداءة بيمين الولى قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولى يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعى أصل له كما فى النكول غير أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر وفى رواية على المدعى عليه وروى سعيد بن المسيب أن النبى عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولى الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فأولى أن لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولى اشارة الى أن خيار تعيين الخمسين الى الولى لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو يختار صالحى أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ التحرز فيظهر القاتل

الباب السابق فوجد فيه الحرية فى الجملة فجاز اشتراط الحرية فى القسامة مطلقا بناء على ذلك لكن لا يخفى ما فيه وقال فى العناية وشرطها بلوغ المقسم وعقله وحريته ووجود أثر القتل فى الميت وتكميل اليمين خمسين انتهى أقول فيه شئ من الاخلال زائد على ما فى النهاية وغاية البيان وهو أنه لم يتعرض فيه لاشتراط الذكورة فى المقسم مع كونها شرطا أيضا ثم أقول فى امكان توجيه ذلك احتمالان أحدهما انه اكتفى فى افادة ذلك الشرط أيضا بتذكير لفظ المقسم فى قوله بلوغ المقسم وبتذكير الضمير فى قوله وعقله وحريته وان كان تغليب المذكر على المؤنث شائعا فى أحكام الشرع وثانيهما انه ترك ذكر اشتراط الذكورة بناء على وجوب القسامة على المرأة فى مسئلة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وهى ما سيجىء فى آخر هذا الباب من أنه لو وجد قتيل فى قرية لامرأة فعند أبى حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضا فكانت المرأة أهلا للقسامة فى الجملة عندهما (قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا) أقول فى تحرير المصنف هنا قصور بل اختلال أما أولا فلان مذهب الخصم مثل مذهبنا اذا لم يكن هناك لوث أى قرينة حال توقع فى القلب صدق المدعى سواء كان ذلك اللوث من قبل علامة القتل على واحد بعينه كالدم أو من قبل ظاهر يشهد للمدعى كعداوة ظاهرة ونحوها فلا وجه لتخصيصه بالثانى كما هو الظاهر من قوله وان لم يكن الظاهر شاهدا له بعد عطف قوله أو ظاهر يشهد للمدعى فيما قبل على قوله علامة القتل على واحد بعينه فحق العبارة أن يقال وان لم يكن هناك لوث وأما ثانيا فلان ايراد الضمير المفرد فى قوله فمذهبه بعد أن ذكر فيما قبل مذهب كل واحد من الشافعى ومالك وان قال اللوث عندهما الخ من قبيل الاغلاق حيث لا يفهم أن مرجعه أى منهما وعن هذا حمله بعض الشراح على الشافعى وبعضهم على مالك فحق المقام الاظهار دون الاضمار كما لا يخفى (قوله ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر وفى رواية على المدعى عليه) أقول لقائل أن يقول ان قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه ان أفاد قصر اليمين على المدعى عليه بناء على ما صرحوا به فى علم الادب من أن المعرف بلام الجنس اذا جعل مبتدأ فهو مقصور على الخبر نحو الكرم التقوى والتوكل على الله والائمة من قريش وقد أشار اليه المصنف فى باب اليمين من كتاب الدعوى حيث استدل فيه على أن لا يرد اليمين على المدعى عندنا بقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر وقال فى وجهه جعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ انتهى لزم أن لا يصح تحليف غير المدعى عليه من أهل المحلة فيما اذا ادعى الولى القتل على بعض منهم بعينه مع أنه يستحلف خمسون رجلا من أهل المحلة فى هذه الصورة أيضا كما صرح به المصنف فيما سيجىء وجعل اطلاق جواب الكتاب دليلا عليه

وقوله (وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه) أى مذهب الشافعى رحمه الله (كمذهبنا غير أنه لا يكرر اليمين) وقوله (ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) يعنى كما فى سائر الدعاوى فان الظاهر يشهد للمدعى عليه لان الاصل براءة ذمته فأما فى القسامة فالظاهر يشهد للمدعى عند قيام اللوث فتكون اليمين حجة له وبقية كلامه واضح

(قال المصنف وان لم يكن الظاهر شاهدا الخ) أقول الظاهر أن يقول وان لم يكن ثمة لوث فان النكرة اذا أعيدت معرفة تكون عين الاول لكن المراد من الظاهر هو اللوث كما لا يخفى

وفائدة اليمين النكول فان كانوا لايباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بأبلغ مما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا أعمى أو محدودا فى قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة قال (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولى) وقال الشافعى لا تجب الدية لقوله عليه السلام فى حديث عبد الله ابن سهل رضى الله عنه تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد فى الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما فى سائر الدعاوى

وقال وهكذا الجواب فى المبسوط وان لم يفد قوله عليه السلام واليمين على المدعى عليه قصر اليمين على المدعى عليه لا ينبت المدعى ههنا بالحديث المذكور فلا يصح التعليل به اللهم الا أن يقال يجوز أن يثبت به المدعى ههنا بوجه آخر وهو أنه عليه السلام ذكر قوله المزبور بطريق القسمة بين الخصمين والقسمة تنافى الشركة وقد أشار المصنف اليه أيضا فى باب اليمين من كتاب الدعوى حيث قال ولا ترد اليمين على المدعى لقوله عليه السلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم والقسمة تنافى الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ انتهى ولا يخفى أن منافاة القسمة الشركة انما تقتضى أن لا يحلف المدعى لا أن لا يحلف غير المدعى والمدعى عليه كما فيما نحن فيه فى صورة ان ادعى الولى القتل على بعض معين من أهل المحلة نعم يلزم أن ينتقض بهذه الصورة قول المصنف فى باب اليمين وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس شئ تأمل تقف (قوله وفائدة اليمين النكول فاذا كانوا لايباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما يفيد يمين الطالح) أقول لا فائدة ههنا لذكر المقدمة القائلة وفائدة اليمين النكول بل فيه خلل لان موجب النكول فى هذه المسئلة حبس الناكل حتى يحلف لا القضاء بما ادعاه الولى كما سيأتى فى الكتاب فانما يظهر فائدة اليمين على الصالح فى اظهاره القاتل تحرزا عن اليمين الكاذبة لا فى مجرد نكوله حتى يلزم المصير الى ذكر المقدمة المزبورة ثم ان كون فائدة اليمين النكول انما هو فى الاموال لا فى باب القسامة لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول فى الاموال كما سيأتى بيانه فى الكتاب فلا معنى لذكر تلك المقدمة ههنا ولقد أصلح صاحب الكافى تقرير هذا المحل حيث قال وله أن مختار المشايخ والصلحاء منهم لانهم يتحرزون عن اليمين الكاذبة أكثر مما يتحرز الفسقة فاذا علموا القاتل فيهم أظهروه ولم يحلفوا انتهى بقى فى هذا المقام اشكال على كل حال وهو أنه لو أخبر بعض من أهل المحلة بانه يعلم أن القاتل أحد من أهل المحلة بعينه أو أحد من غير أهلها لا يقبل قوله ولا يعمل به لكونهم متهمين بدفع الخصومة عن أنفسهم كما صرح به وسيجئ فى الكتاب تفصيله فما الفائدة فى استحلافهم على العلم رأسا ولم أر أحدا من الثقات حام حول حل هذا الاشكال سوى صاحب البدائع فانه قال فان قيل أية فائدة فى الاستحلاف على العلم وهم لو علموا القاتل فأخبروا به لكان لا يقبل قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن أنفسهم فكانوا متهمين دافعين الغرم عن أنفسهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما استحلفوا على العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار فاتبعت السنة من غير أن يعقل فيه المعنى ثم فيه فائدة من وجهين أحدهما أن من الجائز أن يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان اقرار المولى على عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه أو افده ويسقط الحكم عن غيره فكان التحليف على العلم مفيدا وجائز أن يقر على عبد غيره فصدقه مولاه فيؤمر بالدفع أو الفداء ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز أن يكون التحليف على العلم لهذا المعنى فى الاصل ثم بقى هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين عبد كالرمل فى الطواف فان النبى صلى الله عليه وسلم كان رمل فى الطواف اظهارا للجلادة والقوة للكفرة ويقول رحم الله امرأ أظهر اليوم الجلادة من نفسه ثم زال ذلك اليوم

وقوله (لانه يمين وليس بشهادة) يحترز عن اللعان حيث لا يجرى اللعان بينهما لما أن اللعان شهادة والاعمى والمحدود فى القذف ليسا من أهل أدائها قوله (واذا حلفوا قضى على أهل المحلة) أى على عاقلة أهل المحلة (بالدية) فى ثلاث سنين وقوله (تبرئكم اليهود بأيمانها) قصته أن عبد الله بن سهل وعبد الرحمن ابن سهل وحويصة ومحيصة خرجوا فى التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد الله بن سهل قتيلا فى قليب من خيبر يتشحط فى دمه فجاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليخبروه فأراد عبد الرحمن وهو أخو القتيل أن يتكلم فقال صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم أحد عميه حويصة أو محيصة وهو الاكبر منهما وأخبره بذلك قال ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى اليهود

ولنا أن النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل وفي حديث زياد بن أبي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص

ونفي الرمل في الطواف كذا هذا والثاني أنه لا يمتنع أن يكون واحد منهم أمر صبيا أو مجنونا أو عبدا محجورا بالقتل فلو أقر به يلزمه في ماله فيحلف بالله ما علمت له قاتلا لانه لو قال علمت له قاتلا وهو الصبي الذي أمره بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا الى هنا لفظ البدائع فليكن هذا على ذكر منك (قوله ولنا أنه عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) قال بعض الفضلاء فيه بحث فانه لم يجر القسامة بينهم بالكلية وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا انتهى أقول أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم الى وجوب القسامة على اليهود بقوله تبرئكم اليهود بأيمانها وانما لم يجر القسامة بينهم لعدم طلب أولياء القتيل اياها حيث قالوا لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه ومطالبة ولي القتيل بالقسامة شرط لاجرائها على الخصوم كما عرفته فيما مر أثناء أن ذكرنا شروط القسامة على التفصيل نقلا عن البدائع وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده أو بمائة من ابل الصدقة على سبيل الحمالة عنهم بناء على أن أهل الذمة من أهل البر اليهم وقد أفصح عنه صاحب النهاية ومعراج الدراية هنا حيث قالا بعد نقل الحديث انما ودى رسول الله عليه السلام لانه تجوز الحمالة عن أهل الذمة فان قضاء دين الغير بر له وأهل الذمة من أهل البر اليهم حتى جاز عندنا صرف الكفارات اليهم ولا يجوز من مال الزكاة الا على سبيل الاستقراض على بيت المال انتهى ثم ان هذا القدر من التوجيه انما يحتاج اليه على ما روي من حديث عبد الله بن سهل بن أبي حثمة كما وقع في الصحيحين وأما ما رواه سعيد بن المسيب كما وقع في شرح الآثار للطحاوي قصرا على الزهري وأخرجه كثير من المحدثين عن الزهري عن سعيد بن المسيب منهم عبد الرزاق رواه في مصنفه ومنهم ابن أبي شيبة رواه أيضا في مصنفه ومنهم الواقدي رواه في مغازيه في غزوة خيبر فايجاب النبي صلى الله عليه وسلم القسامة والدية على اليهود صريح بين وقد ذكره المصنف اجمالا من قبل حيث قال وروى ابن المسيب أن النبي عليه السلام بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم وفصله الشراح حيث قالوا روى الزهري عن سعيد بن المسيب أن القسامة كانت من أحكام الجاهلية فقررها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار وجد في جب اليهود بخيبر وذكر الحديث الى أن قال فألزم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود الدية والقسامة انتهى وكذا أمر ايجاب القسامة والدية معا على اليهود ظاهر على ما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل خيبر ان هذا قتيل وجد بين أظهركم فما الذي يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة وقعت في بني اسرائيل فأنزل الله تعالى على موسى عليه السلام أمرا فان كنت نبيا فاسأل الله تعالى مثل ذلك فكتب اليهم ان الله تعالى أراني أن أختار منكم خمسين رجلا يحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم تغرمون الدية قالوا لقد قضيت فينا بالناموس أي بالوحي كذا ذكر الحديث في الكافي والبدائع وغيرهما فظهر أن منشأ البحث المزبور عدم الاحاطة بجوانب المقام خبرا (قوله وكذا اليمين تبرئ عما وجب له القصاص والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص) أقول الظاهر أن المراد بهذا هو الجواب عن قول الشافعي ولان

قال عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود بأيمانها فقالوا لا نرضى بأيمان قوم كفار لا يبالون ما حلفوا عليه فقال عليه الصلاة والسلام أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم فقالوا كيف نحلف على أمر لم نعاين ولم نشاهد فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بمائة من ابل الصدقة واستدل الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود بأيمانها على أنه لا دية بعد الحلف والا لما كان ثمة براءة ووادعة قبيلة من همدان

(قال المصنف ولنا أنه جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل) أقول فيه بحث فانه لم يجر بينهم القسامة بالكلية وانما وداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية من ابل الصدقة على ما ذكر في الصحيحين وغيرهما ونقله الشراح هنا

ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم أو وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطا (ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد أو الخطا لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم أنه قتل وليه عمدا أو خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا الجواب في المبسوط وعن أبي يوسف في غير رواية الاصل أن في القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولي ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص فيما اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى يدعى القتل عليهم وفيما وراءه بقي على أصل القياس وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لكن يرد عليه أنه انما يتم فيما اذا ادعى ولي القتيل القتل العمد فان الموجب حينئذ هو القصاص على تقدير أن يقروا بذلك فان حلفوا حصلت البراءة عنه وأما فيما اذا ادعى القتل خطأ فلا يتم ذلك لان الموجب حينئذ هو الدية على تقدير أن يقروا به فاذا حلفوا لا تحصل البراءة عنها بل تجب الدية عليهم أيضا عندنا ويمكن أن يقال ولي القتيل وان ادعى القتل الخطأ يحلف أهل المحلة بانا ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا باطلاق القتل عن قيد العمد والخطا فيجوز ان وقع القتل منهم عمدا ولم يعلمه الولي بل ظن أنهم قتلوا وقريبه خطأ فلو أقروا في مثل ذلك بالقتل العمد تحرزا عن الايمان الكاذبة بناء على اطلاق القتل في تحليفهم لظهر القصاص فاذا حلفوا حصلت البراءة عنه قطعا فان قلت اذا كانت دعوى الولي مخصوصة بالقتل الخطا كيف يصح اطلاق القتل عند التحليف وهل له نظير في الشرع قلت لا غرو في ذلك وله نظير في الشرع ألا يرى أنه لو ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه قتل قريبه عمدا أو خطأ استحلف خمسون منهم بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا كما استحلف كذلك لو ادعاه على جميعهم على ما سيجيء في الكتاب فتأمل فان حل هذا المحل بهذا الوجه مما يضطر اليه في تصحيح كلام المصنف هنا وان كان يرى تعسفا في بادئ الرأي (قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهر الوجود القتيل بين أظهرهم لا بنكولهم) أقول لا وجه لذكر قوله لا بنكولهم هنا بل الحق أن يذكر بدله لا بأيمانهم لانا الآن بصدد بيان موجب أيمانهم وأما موجب نكولهم فانما يأتي بيانه من بعد بقوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف فلا ارتباط لقوله لا بنكولهم بما نحن بصدده ولان الظاهر أن قوله ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا الخ جواب عن قول الشافعي لا ملزما كما في سائر الدعاوي يعني ما عهد اليمين في الشرع ملزما كما في سائر الدعاوي فالدافع له أن يقال الدية انما تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لا بأيمانهم فلم يكن اليمين ملزما هنا كما في سائر الدعاوي فقوله لا بنكولهم حشو محض في دفع ذلك وانما اللازم أن يقال بدله لا بأيمانهم كما لا يخفى (قوله ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف) قال تاج الشريعة هذا اذا ادعى الولي القتل عمدا أما اذا ادعاه خطأ فنكل أهل المحلة فانه يقضى بالدية على عاقلته ولا يحبسون ليحلفوا انتهى وأما سائر الشراح فلم يقيد أحد منهم ههنا مثل ما قيده تاج الشريعة الا أن صاحبي النهاية والعناية قالا في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية ان حلفوا والحبس حتى يحلفوا ان أبوا ان ادعى الولي العمد ولو ادعى الخطأ فالقضاء بالدية عند النكول انتهى ولا يخفى أن ظاهر ما ذكراه هنالك يطابق ما ذكره تاج الشريعة هنا أقول لا يذهب عليك أن الظاهر من اطلاق جواب مسئلة الكتاب هنا ومن اقتضاء دليلها الذي ذكره المصنف ومن دلالة قوله فيما بعد هذا الذي

وقوله (يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب) أي في كتاب القدوري أشار به الى ما ذكره بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ (وهكذا الجواب في المبسوط) يعني أوجب القسامة والدية فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه

وفي

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلفه يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت به وان كان في القصاص فهو على اختلاف مضى في كتاب الدعوى قال (وان لم يكمل أهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين) لما روى أن عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما أمكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام أمر الدم فان كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال (ولا قسامة على صبي ولا مجنون) لانهما ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول صحيح

ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد أو الخطأ أن يكون الحبس الى أن يحلف الناكل موجب النكول في كل واحدة من صورتي دعوى العمد ودعوى الخطأ وعن هذا ترى أصحاب المتون قاطبة أطلقوا جواب هذه المسئلة وكذا أطلقه الامام قاضيخان في فتاواه حيث قال فان امتنعوا عن اليمين حبسوا حتى يحلفوا انتهى وكذا حال سائر ثقات الائمة في تصانيفهم وكأن صاحب الغاية تنبه لهذا حيث قال في صدر هذا الباب حكم القسامة القضاء بوجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برئوا وأما اذا أبوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا أو يقروا انتهى فانه جرى في بيان حكمها أيضا على الاطلاق كما ترى ثم أقول التحقيق ههنا هو أن في جواب هذه المسئلة روايتين احداهما أنهم ان نكلوا حبسوا حتى يحلفوا على الاطلاق وهو ظاهر الروايتين عن أئمتنا الثلاثة والاخرى أنهم ان نكلوا لا يحبسون بل يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين بلا تقييد بدعوى الخطأ وهو رواية الحسن بن زياد عن أبي يوسف وقد أفصح عنه في المحيط البرهاني حيث قال ثم في كل موضع وجبت القسامة وحلف القاضي خمسين رجلا فنكلوا عن الحلف حبسوا حتى يحلفوا هكذا ذكر في الكتاب وروى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه قال لا يحبسون ولكن يقضى بالدية على عاقلتهم في ثلاث سنين وقال ابن أبي مالك هذا قوله الآخر وكان ما ذكر في هذه الرواية قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول الى هنا لفظ المحيط ثم أقول بقي ههنا اشكال وهو أنه قد مر في باب اليمين من كتاب الدعوى أن من ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش في النفس وفيما دونها انتهى فمقتضى اطلاق ذلك أن يكون موجب النكول في القسامة أيضا هو القضاء بالدية دون الحبس عند أبي يوسف ومحمد وان ادعى ولي القتيل القصاص مع أن المذكور في عامة الكتب أن يكون موجب النكول في القسامة هو الحبس الى الحلف بلا خلاف فيه من أبي يوسف ومحمد كما هو ظاهر الرواية نعم قد ذكر أيضا في المحيط والذخيرة أنه روى الحسن بن زياد عن أبي يوسف أنه يقضى بالدية في القسامة أيضا عند النكول لكن يبقى اشكال التنافي بين ما ذكر في المقامين على قول أبي يوسف في ظاهر الرواية وعلى قول محمد مطلقا فتأمل في الدفع (قوله وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس) أقول فيه بحث لانه ان أراد باطلاق النصوص اطلاقها بحسب لفظها فهو مسلم لكن لا يجدي هنا نفعا اذ من القواعد المقررة عندهم أن النص

وقوله (على اختلاف مضى في كتاب الدعوى) بين أبي حنيفة وصاحبيه حيث قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع الخ قال (وان لم يكمل أهل المحلة خمسين) وافى اليه أي أتى اليه وأهل اللغة يقولون وافاه

قال (ولا امرأة ولا عبد) لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها قال (وان وجد ميتا لا أثر به فلا قسامة ولا دية) لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف أنفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليهم القسم فلا بد من أن يكون به أثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه أو دبره أو ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل أحد وقد ذكرناه في الشهيد (ولو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شئ عليهم) لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة

الوارد على خلاف القياس يختص بمورده والنصوص فيما نحن فيه واردة على خلاف القياس كما صرحوا به فلا بد وأن تكون مخصوصة بموردها وهو ما اذا وجد القتيل في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعى مدعى القتل عليهم كما ذكر في وجه القياس وان أراد باطلاقها اطلاقها بحسب المورد أيضا فهو ممنوع اذ لم يسمع في حق القسامة نص ورد فيما اذا ادعى الولي القتل على بعض من أهل المحلة بعينه كما لا يخفى على من تتبع النصوص الواردة في هذا الباب (قوله ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من أهل النصرة واليمين على أهلها) أقول يشكل اطلاق هذا بقول أبي حنيفة ومحمد في مسئلة تجيء في آخر هذا الباب وهي أنه لو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وأما عند أبي يوسف فالقسامة أيضا على العاقلة انتهت وسيجيء في كتاب المعاقل ما يتعلق بهذا من الجواب وما فيه من الخلل (قوله لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة) يعني أن وجوب القسامة على أهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت بالنص على خلاف القياس والنص ورد في كل البدن وأكثر البدن كل حكما وان لم يكن كلا حقيقة فألحق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل أصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية كذا في غاية البيان أقول في هذا التعليل شئ وهو أنه قد ذكر في وضع المسئلة أنه لو وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن أو النصف ومعه الرأس في محلة فعلى أهلها القسامة والدية والتعليل المذكور انما يفيد وجوب القسامة والدية على أهل المحلة فيما اذا وجد بدن القتيل أو أكثر من نصف البدن في هاتيك المحلة لا فيما اذا وجد النصف ومعه الرأس فيها فان الموجود فيها في هذه الصورة ليس كل البدن ولا أكثره فلم يكن ما ورد فيه النص ولا ملحقا به فلم يتم التقريب اللهم الا أن يقال النصف اذا كان معه الرأس يصير في حكم أكثر البدن بناء على شرف الرأس وكونه أصلا كما صرحوا به فيصير قول المصنف الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي شاملا لما هو الاكثر حقيقة أو حكما فيتم التقريب بهذا التأويل ثم بقي شئ آخر وهو أن قول المصنف بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة قاصر عن افادة تمام المقصود اذ قد ذكر من قبل أنه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف ومعه الرأس أو وجد يده أو رجله أو رأسه فلا شئ عليهم ولا يخفى أن قوله بخلاف الاقل الخ لا يشمل ما وجد نصفه مشقوقا بالطول فلا يحصل تمام التقريب فالاولى أن يقال بخلاف الاقل والنصف الذي ليس معه الرأس الخ وكان صاحب الغاية ذاق هذه

ولم يذكر الانف وحكمه حكم دبره وذكره وذكر الفم مطلقا وقد قيل اذا صعد من جوفه الى فيه وأما اذا نزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات وكلامه ظاهر

(قال المصنف ثم يجب عليهم القسم) أقول فيه أنه تكرار (قال المصنف الا أن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي) أقول فيه بحث لان هذا قياس

وقوله (ولانالواعتبرناه يجتمع فيه القسامتان والديتان) وفي بعض النسخ يتكرر ذلك لانه اذا وجب بالاقل وجب بالاكثر اذا وجد وكذلك لووجب بالنصف لوجب بالنصف الآخر فتتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة وذلك لايجوز فان قيل ينبغي أن تجب القسامة اذا وجد الرأس لانه يعبر به عن جميع البدن أجيب بان ذلك بطريق المجاز والمعتبر هو الحقيقة ولانه لو وجبت به لوجبت بالبدن بطريق الاولى فلزم التكرار وقيل كان ينبغي أن يقول تتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد دون التثنية لان غرضه ثبوت القسامة مكررا وثبوت الدية مكررا وعبارة التثنية تستلزم أن يكون أكثر من القسامتين والديتين ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا وقوله (والمعنى ما أشرنا اليه) يريد به التكرار المذكور وعدمه وقوله (لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) اعترض عليه بان الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة

ولانالواعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولاتتوالبان والاصل فيه أن الموجود الاول ان كان بحال لووجد الباقي تجري فيه القسامة لاتجب فيه وان كان بحال لووجد الباقي لاتجري فيه القسامة تجب والمعنى ما أشرنا اليه وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لاتتكرر (ولووجد فيهم جنين أوسقط ليس به أثر الضرب فلاشئ على أهل المحلة) لانه لايفوق الكبير حالا (وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم) لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا (وان كان ناقص الخلق فلاشئ عليهم) لانه ينفصل ميتا لاحيا

الشاعة حيث قال في شرحه بدل قول المصنف بخلاف الاقل الخ وماسواه ليس بكل أصلا لاحقيقة ولاحكما فبقي على أصل القياس فلم تجب فيه القسامة والدية اهـ وأورد بعض الفضلاء على قول المصنف الأن للاكثر حكم الكل تعظيما للآدمي حيث قال فيه بحث لان هذا قياس انتهى أقول ليس ذلك بوارد فان هذا الذي ذكره المصنف ليس بقياس بل هو الحاق بدلالة النص كما أرشد اليه قوله ولا ملحق به في قوله بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به والذي لايجوز في هذا الباب هو القياس لادلالة النص كما لايخفى (قوله ولانالواعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولاتتوالبان) يعني لووجبت بالاقل لوجبت بالاكثر أيضا اذا وجد وكذلك لووجبت بالنصف لوجبت بالنصف الآخر أيضا اذا وجد فيلزم أن تتكرر القسامتان والديتان في مقابلة نفس واحدة وذلك لايجوز اذلم تشرعا مكررتين قط قال في غاية البيان كان ينبغي أن يقول بتكرر القسامة والدية بلفظ المفرد ولايذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك وقصد صاحب العناية توجيه عبارة المصنف حيث قال بعد نقل ما في غاية البيان ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا انتهى أقول ليس هذا بشئ لان القسامة في الشرع اسم لمجموع أيمان يقسم بها خمسون من أهل المحلة وكذا الدية اسم لمجموع ما وجب من المال بمقابلة دم انسان فكيف يتصور أن يتحققا في كل واحد من خمسين نفسا حتى يصح توجيه تكرر القسامتين والديتين على القطعتين بتكررهما في خمسين نفسا وانما الموجود في آحاد خمسين نفسا بعض القسامة والدية لانفسهما والكلام في اسناد التكرر الى نفس القسامتين والديتين فلامساغ لذلك التوجيه (قوله والاصل فيه أن الموجود الاول ان كان بحال لووجد الباقي تجري فيه القسامة لاتجب الخ) أقول فيه نظر لانه اذا كان الباقي نصف القتيل مشقوقا بالطول مثلا يصدق عليه أنه بحال لووجد لاتجري فيه القسامة اذقد صرح فيما قبل بأنه ان وجد نصفه مشقوقا بالطول فلاشئ عليهم مع أنه لاتجب القسامة حينئذ في الموجود الاول أيضا بناء على ذلك المصرح به فيما قبل فانتقض بمثل هذه الصورة قوله وان كان بحال لووجد الباقي لاتجري فيه القسامة تجب كما لايخفى (قوله ولووجد فيهم جنين أوسقط ليس به أثر الضرب فلاشئ على أهل المحلة) أقول في تحرير هذه المسئلة بهذا الاداء فتور من وجوه الاول أن الجنين على ماصرح به في عامة كتب اللغة الولد مادام في البطن فكيف يتصور أن يوجد فيهم جنين وحده وهو في بطن أمه أما وجوده مع أمه فهو بمعزل عما نحن فيه لكون الحكم هنالك للام دون الجنين والثاني أن ذكر الجنين يغني عن ذكر السقط لان السقط على ماصرح به في كتب اللغة الولد الذي سقط قبل تمامه والجنين يعم تام الخلق وغير تامه والثالث ان قوله ليس به أثر الضرب غير كاف في جواب المسئلة اذ لابدفيه من أن لايكون به أثر الجراحة والخنق أيضا كما تقرر فيما سبق فالاقتصار ههنا على نفي أثر الضرب تقصير والاظهر أن يقال ولووجد فيهم ولد صغير ساقط ليس به أثر القتل فلاشئ عليهم تدبر (قوله وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فان قيل الظاهر يصلح للدفع دون الاستحقاق ولهذا قلنا في عين الصبي ولسانه وذكره اذا

(قوله ويجوز أن يكون مراده القسامتان والديتان على القطعتين يتكرران في خمسين نفسا) أقول جزء الدية لايسمى دية حتى يقال يتكرر في خمسين نفسا فتأمل (قوله اعترض عليه بأن الظاهر الى قوله وأجيب عنه بانه الخ) أقول الاعتراض والجواب للاتقاني

عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها وأجيب عنه بأنه انما يجب في الاطراف قبل أن تعلم صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أودية بخلاف الجنين فانه نفس من
وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيل
لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شئ لان حاله
لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شئ فكذا هذا وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال ورعا قواه لان
الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك به مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى والصواب أن يقال
الظاهر ههنا أيضا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله عليه
الصلاة والسلام أسجع كسجع الكهان قوموا فدوه قال (واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل الخ) اذا وجد القتيل على دابة
يسوقها رجل فالدية على عاقلة السائق دون أهل المحلة سواء كان مالكها أو لم يكن وكذا اذا كان قائدها أو راكبها لانه في يده فصار كما
اذا كان في داره فان اجتمع الراكب والسائق والقائد فالدية عليهم لان القتيل في أيديهم فصار كما اذا وجد في دارهم وطولب بالفرق
بين هذه المسئلة وبين ما اذا وجد القتيل (٣٩٢) في الدار فان الدية هناك على عاقلتهم والقسامة عليهم سواء كانوا ملاكا أو لم يكونوا وهنالك
على المالك لا على السكان وأجيب أولا بانا لا نسلم أن الدية لا تجب على مالك الدابة بل تجب عليه والمذكور في الكتاب فيما اذا لم يكن للدابة مالك معروف وانما يعرف ذلك بقول القائد أو السائق أو الراكب وأما اذا كان لها مالك معروف فانها تجب عليه وثانيا وهو المفهوم من اطلاق جواب الكتاب أن القسامة تجب على الذي في يده الدابة والدية على عاقلته سواء كان للدابة مالك معروف أو لم يكن والفرق أن العبرة في
هذا الباب للرأي والتصرف والتدبير وذلك في الدار للمالك لان يده لا تنقطع عنها بالاجارة وأما في الدابة فالتصرف
والرأي والتدبير الى من بيده الدابة لزوال يد المالك عنها بالاجارة وبالانفلات فتكون القسامة على الذي في يده الدابة وقوله (وادعة
وأرحب) هما قبيلتان من همدان وما بعده ظاهر قال

قال (واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون أهل المحلة) لانه في يده فصار كما اذا
كان في داره وكذا اذا كان قائدها أو راكبها (فان اجتمعوا فعليهم) لان القتيل في أيديهم فصار كما اذا
وجد في دارهم قال (وان مرت دابة بين القريتين وعليها قتيل فهو على أقربهما) لما روي أن النبي عليه
السلام أتي بقتيل وجد بين قريتين فأمر أن يذرع وعن عمر رضي الله عنه أنه لما كتب اليه في القتيل
الذي وجد بين وادعة وأرحب كتب بأن يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة أقرب فقضى
عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه
الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا

لم تعلم صحته حكومة عدل عندنا وان كان الظاهر سلامتها أجيب بانه انما يجب في الاطراف قبل أن يعلم
صحتها ما يجب في السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم كتعظيم النفوس فلم
يجب فيها قبل العلم بالصحة قصاص أودية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام
الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة
القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا وجد ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه
شئ لان حاله لا تفوق حال الكبير واذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شئ فكذا هذا كذا قال
جمهور الشراح ورد صاحب العناية جوابهم المزبور حيث قال بعد ذكر السؤال والجواب وهذا كما ترى
مع تطويله لم يرد السؤال ورعا قواه لان الظاهر اذا لم يكن حجة للاستحقاق في الاموال وما يسلك بها

(قوله وأما اذا انفصل ميتا) أقول الظاهر اذا وجد ميتا (قوله وهذا كما ترى مع تطويله لم يرد السؤال ورعا قواه) أقول بل يرده
فان حاصله كون الظاهر حجة للاستحقاق هنا تعظيما لامر النفوس ومنع كلية القضية القائلة أن لا يكون حجة للاستحقاق ويقوى هذا
المنع ما سبق من المصنف في الدرس الامس ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا فليتأمل (قوله فلأن لا يكون فيما هو أعظم
خطرا أولى) أقول الاستحقاق هنا للمال أيضا لا غير (قوله وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك) أقول ذلك في الغرة
والقسامة والدية لا ينافي معناها (قوله فالتصرف والرأي والتدبير الى من بيده الدابة) أقول ما الجواب اذا كان المالك مع الراكب
يسوق الدابة أو يقودها أو يكون الراكب هو المالك والآخر يقود أو يسوق فان اطلاق الكتاب يشمل هذه الصور قال الاتقاني
فيما سيجيء من مسئلة السفينة لو كان صاحب السفينة معهم ينبغي أن تجب عليه كما في الدار فينبغي أن يكون هنا كذلك

وقوله (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك) يشير إلى اختلاط السكان بالملاك وقوله (وهو قول محمد) يشير إلى أن محمدا ليس في هذا القول بأصيل فإنه ذكر في الأسرار بعدما ذكر الاختلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذا الاختلاف فقال وقول محمد مضطرب (وقال أبو يوسف) يعني آخرا وكان قوله أولا كقولهما وما بعده ظاهر (٣٩٣) وقوله (وهو على أهل الخطة دون المشترين)

قال (وإذا وجد القتيل في دار إنسان فالقسامة عليه) لأن الدار في يده (والدية على عاقلته) لأن نصرته منهم وقوته بهم قال (ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة) وهو قول محمد (وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا) لأن ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ألا ترى أنه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وإن كانوا سكانا بخيبر ولهما أن المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبي عليه السلام أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال (وهي على أهل الخطة دون المشترين) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولأنه أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل وقيل أبو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال (وإن بقي واحد منهم فكذلك) يعني من أهل الخطة لما بينا (وإن لم يبق واحد منهم بأن باعوا كلهم فهو على المشترين) لأن الولاية انتقلت إليهم أو خلصت لهم لزوال من يتقدمهم أو يزاحمهم

مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى انتهى أقول ليس الأمر كما زعمه فإن حاصل جوابهم منع عدم كون الظاهر حجة للاستحقاق في باب القسامة فإنه يكون حجة للاستحقاق فيه تعظيما لأمر النفوس وصيانة لها عن الإهدار وعن هذا قالوا يجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين أظهرهم فقوله لأن الظاهر إذا لم يكن حجة للاستحقاق في الأموال وما يسلك به مسلكها فلأن لا يكون فيما هو أعظم خطرا أولى ممنوع فإن ما لزم من عدم كون الظاهر حجة في الأموال وما يسلك به مسلكها إهدار أمر حقير وما لزم من عدم كونه حجة في النفوس إهدار أمر خطير ولا شك أن إهدار الحقير أهون وأولى من إهدار الخطير ثم قال صاحب العناية والصواب أن يقال الظاهر هنا اعتبر دافعا لما عسى يدعي القاتل عدم حياته وأما دليل الاستحقاق فهو حديث حمل بن مالك وهو قوله صلى الله عليه وسلم أسجع كسجع الكهان قوموا فدوه انتهى أقول يرد عليه أن حديث حمل بن مالك ورد في جنين انفصل ميتا وموجبه الغرة وهي نصف عشر الدية وإنما سماها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية حيث قال فدوه لكونها بدل النفس كما تقرر في باب الجنين والكلام هنا في جنين انفصل حيا بناء على أن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا والموجب فيه القسامة والدية كما ذكر في الكتاب فأين هذا من ذلك وقد كان صاحب العناية ذكر حديث حمل بن مالك في باب الجنين على التفصيل حيث قال وهذا الحديث حديث حمل بن مالك بالحاء المهملة والميم المفتوحتين قال كنت بين جارتين لي فضربت إحداهما بطن صاحبتها بعمود فسطاط أو بمسطح خيمة فألقت جنينا ميتا فاختصم أولياؤها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام لأولياء الضاربة دوه فقال أخوها أندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل ومثل دمه يطل فقال عليه السلام أسجع كسجع الكهان وفي رواية دعني وأراجيز العرب قوموا فدوه والحديث انتهى فكأنه نسي ما قدمت يداه.

الخطة المكان المختط لبناء دار أو غيرها من العمارات ومعناه على أصحاب الأملاك القديمة الذين كانوا ملكوها حين فتح الإمام البلدة وقسمها بين الغانمين فإنه يخط خطة لتتميز أنصباؤهم والضمير راجع إلى المذكور وهو وجوب القسامة والدية أي القسامة على أهل الخطة والدية على عاقلتهم وقوله (وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة) يعني من أصحاب الخطة في كل محلة هم الذين يقومون بتدبير المحلة ولا يشاركهم المشترون في ذلك ويجوز أن يكون فيه تلويح إلى الجواب عما يقال ما الفرق بين المحلة والدار فإنه لو وجد قتيل في دار بين مشتر وذي خطة فإنهما متساويان في القسامة والدية بالإجماع وفي المحلة فرقا فأوجبا القسامة على أهل الخطة دون المشترين مع أن كل واحد منهما لو انفرد كانت القسامة عليه والدية على عاقلته ووجه ذلك أن في العرف أن المشترين قلما يزاحمون أصحاب الخطة في التدبير والقيام بحفظ المحلة وليس في حق الدار كذلك فإن في عمارة ما استرم من الدار

 وإجارتها وإعارتها هما متساويان فكذلك في القيام بحفظ الدار وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله إن صاحب الخطة هو المختص وقوله (ولأنه أصيل) والمشتري دخيل وقوله (لأن الولاية انتقلت إليهم) يعني على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أو خلصت لهم على قول أبي يوسف وقوله (لزوال من يتقدمهم) يرجع إلى قوله انتقلت إليهم وقوله (أو يزاحمهم) يرجع إلى قوله أو خلصت لهم

وقوله (واذا وجد القتيل فى دار) يعنى اذا وجد القتيل فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفى القسامة روايتان ففى احداهما تجب على صاحب الدار وفى الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع مايرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى وحكى عن الكرخى رحمه الله انه كان يوفق بينهما ويقول الرواية التى توجبها على صاحب الدار محمولة على ما اذا كان قومه غيبا والرواية التى توجبها على قومه محمولة على ما اذا كانوا حضورا كذا فى الذخيرة والمذكور (٣٩٤) فى الكتاب يدل على أنها عليهما جميعا اذا كانوا حضورا ويوافقه رواية فتاوى العتابى ومابعده ظاهر قال (ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الخ) أجمعوا على أن وجوب الضمان عند وجود القتيل يتعلق بولاية الحفظ لانه ضمان ترك الحفظ ثم اختلفوا فقال أبو حنيفة رحمه الله ولاية الحفظ باليد والملك سببها وقالا الولاية الحفظ تستفاد بالملك فاذا وجدا فى واحد ارتفع الخلاف وان كان لاحدهما الملك وللآخر اليد كان اعتبار اليد عنده أولى لان القدرة الحقيقية تثبت بها وعندهما اعتبار الملك وعلى هذا اذا اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فاما أن يكون البيع باتا أو فيه الخيار فان كان الاول فهو أى المذكور وهو الدية على عاقلة البائع وان كان الثانى فهو على عاقلة من هى فى يده عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما ان كان الاول فعلى عاقلة المشترى وان كان الثانى فعلى الذى تصير له ودليلهما واضح وقوله (ولهذا) أى ولكون ولاية الحفظ تستفاد بالملك (كانت الدية) فى هذا الموضع (على عاقلة صاحب الدار دون المودع) لعدم ملكه وان كان له يد وكذا دليل أبى حنيفة واضح ولم يذكر الجواب عن فصل الوديعة المستشهد به لانه قد اندرج فى دليله وذلك لانه

(واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما أن الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة قال (وان وجد القتيل فى دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولآخر مابقى فهو على رؤس الرجال) لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال (ومن اشترى دارا ولم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان فى البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذى فى يده) وهذا عند أبى حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى وان كان فيه خيار فهو على عاقلة الذى تصير له لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات وفى المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر

(قوله واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة فى القسامة اذا كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام يعنى اذا وجد القتيل فى دار فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفى القسامة روايتان ففى احداهما تجب على صاحب الدار وفى الاخرى على عاقلته وبهذا يندفع مايرى من التدافع بين قوله قبل هذا وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وبين قوله هنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه بحمل ذلك على رواية وهذا على أخرى انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان قول المصنف فيما قبل وان وجد القتيل فى دار انسان فالقسامة عليه وان جاز أن يحمل على احدى الروايتين اللتين ذكرهما صاحب العناية الا أن قوله ههنا فالقسامة على رب الدار وعلى قومه لا يجوز أن يحمل على الاخرى منهما فان القسامة فيها على عاقلة صاحب الدار لا على صاحب الدار وعلى عاقلته جميعا وفيما ذكره المصنف ههنا على رب الدار وعلى قومه جميعا فتغايرا وأما ثانيا فلان قول المصنف فتدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان صريح فى التوفيق بين المسئلة التى ذكرها هنا وبين المسئلة المذكورة فيما قبل حيث كان وجوب القسامة على رب الدار وعلى قومه فيما اذا كان قومه حضورا ووجوبها على رب الدار وحده فيما اذا كانوا غيبا والمصير الى الحمل على الروايتين انما يكون فيما لا يمكن التوفيق وهو خلاف مدلول كلام المصنف صراحة فكيف يصح أن يكون شرحا لمراده (قوله لانه انما أنزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك) أقول هذا التعليل على قول أبى يوسف مشكل لانه ان أراد بقوله والولاية تستفاد بالملك الحصر بمعنى أن الولاية تستفاد بالملك لا بغيره وينتقض ذلك بما مر من أن السكان يدخلون فى القسامة والدية مع الملاك عنده بناء على أن ولاية التدبير كما تكون

(قوله وفى الاخرى على عاقلته) أقول الاظهر أن يقول وفى الاخرى عليه وعلى عاقلته حتى يستقيم تفريع اندفاع التدافع عليه (قوله وان كان الثانى فهو على عاقلة من هى فى يده) أقول لا أدرى مافائدة هذا التفصيل والابهام فان اليد للبائع اذ الفرض انتفاء قبض المشترى ففى الصورتين الضمان على عاقلة البائع وهذه الركاكة مخصوصة بتقريره وسباق المصنف سالم عن أمثالها

قال (ان القدرة على الحفظ باليد) أطلق اليد والمطلق ينصرف الى الكامل والكامل فى اليد ما كان أصالة و يد المودع ليست كذلك وكذلك المستعير والمستأجر قيل ما الفرق لابى حنيفة بين الجناية وصدقة الفطر فانه يعتبر البتة الملك فى الثانية دون الاولى والجواب أن صدقة الفطر مؤنة الملك فكانت على المالك والجناية موجبة للضمان بترك الحفظ والحفظ انما يتحقق باليد لما ذكر من الدليل وقوله (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة) يعنى اذا أنكرت العاقلة كون الدار لصاحب اليد وقالوا انها وديعة أو مستعارة أو مستأجرة (حتى تشهد الشهود أنها الذى فى يده) ولا يختلجن فى وهمك صورة تناقض فى عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد لان اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالاصالة كما تقدم والعاقلة تنكر ذلك والباقى واضح وقوله (واللفظ) أى لفظ القدورى وهو قوله على من فيها من الركاب والملاحين يشمل أربابها أى ملاكها وغير ملاكها وقوله (وهذا) أى كون الملاك وغيرهم سواء فى القسامة (على ماروى عن أبى يوسف رحمه الله) أن السكان تدخل فى القسامة مع الملاك (ظاهر) وأما على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله فلا بد من الفرق وهو ما ذكره فى الكتاب وهو ظاهر قال (وان وجد فى مسجد محلة) كلامه واضح سوى ألفاظ نذكرها

وله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا يرى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفى الباب اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون الباب ولو كان المبيع فى يد المشترى والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ قال (ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود أنها للذى فى يده) لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك لكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة به فى الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال (وان وجد قتيل فى سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين) لانها فى أيديهم واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك فى ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا على ماروى عن أبى يوسف ظاهر والفرق لهما أن السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون الملك كما فى الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال (وان وجد فى مسجد محلة فالقسامة على أهلها) لان التدبير فيه اليهم (وان وجد فى المسجد الجامع أو الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية على بيت المال) لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين

بالملك تكون بالسكنى وان لم يرد بذلك معنى الحصر لا يتم التقريب فى اثبات مدعاهما فى هذه المسئلة كما لا يخفى (قوله وله أن القدرة على الحفظ باليد دون الملك ألا يرى أنه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد) أقول هذا التنوير غير واضح لانه ان أراد باليد اليد مطلقا أى سواء كانت يد أصالة أو يد نيابة فليس بصحيح اذ لا يجب شئ من القسامة والدية على المودع ونحوه بالاتفاق لكون يده يد نيابة لا يد أصالة كما صرحوا به قاطبة فلو أمكن الاقتدار على الحفظ بيد النيابة أيضا لما صح ذلك وان أراد بها يد الاصالة فقط كما هو الظاهر فالخصم وهو صاحباه لا يسلم انه يقتدر على الحفظ بيد الاصالة فقط بدون الملك ولا أنه لا يقتدر عليه بالملك بدون تلك اليد بل يقول ولاية الحفظ انما تستفاد بالملك دون اليد كما فى مسئلتنا المتنازع فيها وبالجملة ما ذكر فى هذا التنوير ليس بأجلى من أصل المسئلة (قوله ومن كان فى يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود أنها الذى فى يده) قال صاحب العناية ولا يختلجن فى وهمك صورة تناقض فى عدم الاكتفاء باليد مع ما تقدم أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد لان اليد المعتبرة عنده وهى التى تكون بالاصالة والعاقلة تنكر ذلك انتهى أقول لقائل أن يقول هب أن اليد المعتبرة عنده هى التى تكون بالاصالة لكن كيف يتم على أصله التعليل الذى ذكره المصنف بقوله لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه وهلا يناقض هذا ما مر من أن الاعتبار عند أبى حنيفة لليد دون الملك كما فى المسئلة المتقدمة آنفا فان الملك هناك للمشترى مع أن الدية عنده لعاقلة البائع لكونه صاحب اليد قبل القبض كما مر تفصيله وقال صاحب الغاية هنا ولا يلزم أبا حنيفة أنه يعتبر اليد فى استحقاق الدية حتى قال فى الدار المبيعة فى يد البائع يوجد فيها قتيل ان الدية تجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة انتهى وذكر فى معراج الدراية

(قال المصنف لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه) أقول يناقض ما تقدم فان البائع اذا لم يقبض المشترى الدار صاحب يد بلا ملك مع أنه تعقل عواقله وكذا فى بعض صور البيع المنجز

قوله (فعندأبى يوسف تجب على السكان) أى سواء كان السكان ملاكا أو غير ملاك وقوله (كالشوارع العامة التى بنيت فيها فعلى بيت المال) قال فى النهاية وانما أراد به أن يكون نائيا عن المحال أما الاسواق التى تكون فى المحال فهى محفوظة بحفظ أهل المحلة فتكون القسامة والدية على أهل المحلة وكذا فى السوق النائى اذا كان من يسكنها فى الليالى أو كان لاحدهم فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيوصف بالتقصير فيجب عليه موجب التقصير وقوله (وقد بيناه) يعنى فى مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل وقوله (وان وجد فى وسط الفرات) يريد به الفرات وكل نهر عظيم لعدم خصوصية الفرات بذلك وكذلك ذكر الوسط ليس للتخصيص بل الماء مادام جاريا بالقتيل كان حكم الشط كحكم الوسط قالوا هذا اذا كان موضع انبعاث الماء فى دار الحرب لانه اذا كان كذلك فقد يكون هذا قتيل دار الشرك وأما اذا كان موضع انبعاث الماء فى دار الاسلام فتجب الدية فى بيت المال لان موضع انبعاث الماء فى يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث أو مكان آخر دون ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية فى بيت المال وقوله (على التفسير الذى تقدم) أراد به قوله قبل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ أهله الصوت وقوله (لم تسقط القسامة عنهم) يعنى والدية على عواقلهم وقوله (وقد ذكرناه) يعنى المذكور فى بعض النسخ وهو قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم أنه قتل وليه الخ وقوله (وقد بيناه من قبل) يريد به قوله هذا الذى ذكرنا اذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة

(ولو وجد فى السوق ان كان مملوكا فعند أبى يوسف تجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التى بنيت فيها فعلى بيت المال) لانه لجماعة المسلمين (ولو وجد فى السجن فالدية على بيت المال وعلى قول أبى يوسف الدية والقسامة على أهل السجن) لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر أن القتل حصل منهم وهما يقولان ان أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهى مختلف فيها بين أبى حنيفة وأبى يوسف قال (وان وجد فى برية ليس بقربها عمارة فهو هدر) وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف أحد بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد أما اذا كانت فالدية والقسامة على عاقلته (وان وجد بين قريتين كان على أقربهما) وقد بيناه (وان وجد فى وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر) لانه ليس فى يد أحد ولا فى ملكه (وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على أقرب القرى من ذلك المكان) على التفسير الذى تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط فى يد من هو أقرب منه ألا ترى أنهم يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم فيها بخلاف النهر الذى يستحق به الشفعة لاختصاص أهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة والدية عليهم قال (وان ادعى الولى على واحد من أهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم) وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان قال (وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم) وقد بيناه من قبل ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافى ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان أن القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم

ما يوافقه حيث قال وفى جامع الكرابيسى اعتبر أبو حنيفة يد الملك لا مجرد اليد فى المسئلة المتقدمة وهنا لا يثبت ذلك الا بالبينة فلا يرد نقضا عليه انتهى أقول هذا التوجيه مشكل لان الملك فى المسئلة المتقدمة كان للمشترى لا محالة وعن هذا نشأ النزاع بين أبى حنيفة وصاحبيه فى تلك المسئلة اذ لو كان الملك أيضا للبائع لما صار محل الخلاف واقامة الحجة من الجانبين على ما مر بيانه فاذا كان الملك هناك للمشترى فكيف يتحقق للبائع اذ ذاك يد الملك اذ ثبوت يد الملك له يقتضى ثبوت نفس الملك أيضا فيلزم أن يجتمع على الدار المبيعة فى حالة واحدة ملكان وهما ملك البائع وملك المشترى وهو محال وان أريد بيد الملك غير معناه الظاهر أى اليد التى كان لصاحبها ملك فى الاصل وان زال ذلك الملك فى الحال بالبيع فما معنى اعتبار مثل ذلك الامر الزائل فى ترتب الحكم الشرعى عليه فى الحال وهل يليق أن يعد ذلك أصلا لامامنا الاعظم فعليك بالتأمل الصادق (قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقطت عنهم وقد بيناه من قبل) قال صاحب العناية يريد به قوله هذا الذى ذكرنا اذا ادعى الولى القتل على جميع أهل المحلة انتهى واقتفى أثره العينى أقول الظاهر أنه أراد به قوله بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناها لأوجبناها بالقياس وهو ممتنع فانه هو المطابق لهذه المسئلة التى ذكرها المصنف هنا دون ما حمل عليه الشارحان المزبوران كما لا يخفى على الفطن (قوله ووجه الفرق هو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم) أقول لقائل أن يقول ان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه فهو مسلم لكن لا نسلم أن

ولان

ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال (واذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم (الا أن يدعي الاولياء على أولئك أو على رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شئ) لان هذه الدعوى تضمنت براءة أهل المحلة عن القسامة قال (ولا على أولئك حتى يقيموا البينة) لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه أما يسقط به الحق عن أهل المحلة لان قوله حجة على نفسه (ولو وجد قتيل في معسكر أقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء أو فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية) اعتبارا لليد عند انعدام الملك

تعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر حينئذ فان ابتداء الامر اذ ذاك كون القاتل منهم بدون أن يتعين خصوصه وبتعيينه واحدا منهم يلزم أن يتعين خصوصه وان كان منهم ولا ريب أن تعين خصوص القاتل ينافي عدم تعينه وان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم تعين خصوصه فهو ممنوع كما لا يخفى وان أريد أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم سواء تعين خصوصه أو لم يتعين فهو أيضا ممنوع اذ لا يظهر وجه كون الجناية الصادرة عن واحد منهم عند تعين خصوصه سببا لوجوب الغرم عليهم جميعا ألا يرى أنه اذا أقر واحد منهم بعينه بقتل القتيل الموجود بين أظهرهم أو ثبت ذلك بالبينة لا يجب شئ على غيره أصلا فان قيل يجوز أن يكون سبب وجوب الغرم عليهم جميعا عند تعين خصوص القاتل منهم كونهم قتلة أيضا تقديرا بتركهم النصرة لعدم أخذهم على يد ذلك القاتل الظالم كما يشعر به قول المصنف فيما بعد وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم قلنا ذلك انما يظهر اذا علموا قتل ذلك الظالم فتركوا النصرة وأما اذا لم يعلموا ذلك بان كان قتله خفية فلا ولئن سلم ذلك مطلقا لعدم احتياطهم في حفظ المحلة يشكل بما اذا أقر واحد منهم بعينه بالقتل أو ثبت ذلك بالبينة فانه لا يجب على غيره شئ هناك مع تحقق ذلك السبب فيه أيضا فتأمل في التوجيه وذكر في الشروح نقلا عن المبسوط أنه روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه تسقط القسامة والدية عن أهل المحلة لان دعوى الولي على واحد منهم بعينه تكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف قاتله فاذا زعم الولي أنه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبرئا لهم عن القسامة وذلك صحيح منه انتهى قلت هذه الرواية أظهر عندي دراية والله تعالى أعلم بالصواب (قوله ولان أهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه) أقول يشكل هذا التعليل بما اذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فانهم اذا لم يغرموا بمجرد ظهور القتيل بين أظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى الولي على واحد منهم بعينه دون غيره لزم أن تسقط الغرامة عن غيره منهم لفقد شرط الغرامة وهو دعوى الولي عليهم فتفكر في الفرق ولعله لا يتيسر بدون التعسف قال العيني واعلم أن قوله وجه الفرق الى قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف لم يوجد في كثير من النسخ ولهذا لم يشرحه أكثر الشراح انتهى قلت وعن هذا ترى ما فيه من الوهن كما نبهت عليه آنفا في الموضعين (قوله واذا التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فهو على أهل المحلة لان القتيل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم أي بينهم والظهر والاظهر بحيثان مقحمين كما في قوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب وظهر الغيب وكذا في الاظهر يقال أقام بين أظهرهم أي بينهم كذا في الشروح فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وانه من خصمائه قلنا قد تعذر الوقوف على

وقوله (لان القتيل بين أظهرهم) أي وجد بين أظهرهم يعني بينهم والظهر والاظهر بحيثان مقحمين كما في قوله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى أي صادرة عن غنى فان قيل الظاهر أن قاتله من غير أهل المحلة وانه من خصمائه أجيب بأنه قد تعذر الوقوف على قاتله حقيقة فيتعلق بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا في محلتهم وقوله (لان بمجرد الدعوى لا يثبت الحق) أي الاستحقاق عند انكار المدعى عليه للحديث الذي رويناه أي في أوائل باب القسامة وأوله قوله صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر لا يقال الظاهر أنهم قتلوه لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وقوله (وان وجد في خباء أو فسطاط) الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة فكان أعظم من الخباء وقوله (فعلى أقرب الاخبية) قيل هذا اذا نزلوا قبائل قبائل متفرقين أما اذا نزلوا مختلطين فالدية والقسامة عليهم

(قوله لما علمت غير مرة أن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أقول مع أن استعظام أمر الدم باق على حاله حيث يجب على أهل المحلة القسامة والدية

وقوله (وان كان القوم لقوا قتالا) يجوز أن يكون حالا أى مقاتلين ويجوز أن يكون مفعولا مطلقا لان لقوا فى معنى القاتلة وأن يكون مفعولا له أى القتال وقوله (لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا) يحوج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية فى محلة فأجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا فى ذلك ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين فى مكان فى دار الاسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح فى أنهم لا يتركون الكافرين فى مثل ذلك الحال و يقتلون المسلمين وأما فى المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذى لم يكن كذلك وقوله (وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه) اشارة الى قوله ولو وجد قتيل فى معسكر أقاموا الخ وقوله (وقد ذكرناه) اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك فى القسامة عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول محمد وقال أبو يوسف هو عليهم جميعا وقوله (واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله) يعنى لا تسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما فى الباب أنه استثنى عن يمينه حيث قال قتله فلان وهذا لا ينافى أن يكون المقر شريكه فى القتل وأن يكون غيره شريكا معه واذا كان كذلك يحلف على أنه ماقتله ولا عرف له قاتلا غير فلان قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة الخ) اذا ادعى الولى على رجل من غير أهل المحلة وشهد اثنان من أهل المحلة عليه أنه قتله قال أبو حنيفة رحمه الله لم تقبل شهادتهما وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة ولابى حنيفة رحمه الله أنهم جعلوا خصماء تقديرا للتقصير الصادر منهم وان خرجوا من جملة الخصوم فلا تقبل شهادتهم كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها اما ببلوغ الغلام أو بعزل القاضى

(وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية) لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه (وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند أبى حنيفة) خلافا لابى يوسف وقد ذكرناه قال (واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان) لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا الا انه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه قال (واذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم أنه قتل لم تقبل شهادتهما) وهذا عند أبى حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولى القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصى اذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد قال رضى الله عنه

قاتله حقيقة فيتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم كذا فى النهاية والعناية أقول يرد على هذا الجواب أن يقال ما بالكم تجعلون هذا الظاهر وهو وجوده قتيلا فى محلتهم موجبا لاستحقاق القسامة والدية على أهل المحلة ولا تجعلون ذلك الظاهر وهو كون قاتله خصما من غير أهل المحلة دافعا للقسامة والدية عن أهل المحلة مع أن الاصل الشائع أن يكون الظاهر حجة للدفع دون الاستحقاق فالأظهر فى الجواب أن يقال الظاهر لا يكون حجة للاستحقاق فبقى حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل المحلة لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال فكان العمل بما ورد فيه النص وسيأتى مثل هذا عن قريب (قوله وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين أظهرهم فلا قسامة ولا دية

وعلى

(قال المصنف وان كان القوم لقوا قتالا) أقول قال صاحب النهاية انتصاب قتالا يحتمل أن يكون على الحال أى مقاتلين وان يكون على المفعول به كما فى قوله بعده وان لم يلقوا عدوا وأن يكون على المفعول له أى للقتال انتهى والمفعول به محذوف أى لقوا العدو (قوله وقوله لان الظاهر أن العدو قتله الخ) أقول الفرق ظاهر فان الظاهر هنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة النص (قوله وأما فى المسلمين من الطرفين الى قوله فبقى حال القتل مشكلا) أقول وذلك أن تقول العداوة ترفع الاشكال فلا يلزم من انتفاء جهة الحمل على الصلاح كون حال القتل مشكلا ولو صح ما ذكره لكان الامر كذلك اذا كانت احدى الطائفتين الخوارج (قال المصنف وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان) أقول قال الزيلعى وان كان للارض مالك يجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يزاحمون المالك فى القسامة والدية وهذا عندهما ظاهر والفرق لابى يوسف بينه وبين المحلة والدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره انتهى ولا يخفى عليك مخالفته لما نص عليه المصنف من خلاف أبى يوسف (قال المصنف لانه لما أقر بالقتل على واحد) أقول اقرار القتل هنا على التجوز كما لا يخفى

وعلى هذين الاصلين يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس قال (ولو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل الشهادة) لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن أبي يوسف أن الشهود يحلفون بالله ماقتلناه ولا يزدادون على ذلك لانهم أخبروا أنهم عرفوا القاتل قال (ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لاقسامة ولا دية) لان الذي حصل في القبيلة والمحلة مادون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش أضيف اليه وان لم يكن احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك (ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله انسان الى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله الى أهله في قول أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن) لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة

لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا) قال في العناية قوله لان الظاهر أن العدو قتله فكان هدرا يحوج الى ذكر الفرق بين هذه وبين المسلمين اذا اقتتلوا عصبية في محلة فاجلوا عن قتيل فان عليهم القسامة والدية كما مر آنفا وقالوا في الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في مكان في دار الاسلام ولا يدرى أن القاتل من أيهما يرجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح في أنهم لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الحال و يقتلون المسلمين وأما في المسلمين من الطرفين فليس ثمة جهة الحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل مشكلا فأوجبنا القسامة والدية على أهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل اليهم عند الاشكال وكان العمل بما ورد فيه النص أولى عند الاحتمال من العمل بالذي لم يكن كذلك انتهى وقال بعض الفضلاء طعنا في المصير الى الفرق المذكور الفرق ظاهر فان الظاهر ههنا حجة للدفع عن المسلمين فيصلح حجة وثمة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق وذلك غير جائز فيجب على أهل المحلة للنص انتهى أقول ليس هذا الفرق بتام فضلا عن كونه ظاهرا اذ

وقوله (وعلى هذين الاصلين) يعني الاصلين المجمع عليهما أحدهما أن كل من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من كونه خصما لم تقبل شهادته في تلك الحادثة بالاجماع كالوكيل اذا خاصم ثم عزل والثاني اذا كانت لرجل عرضية أن يصير خصما ثم بطلت تلك العرضية فشهد قبلت شهادته بالاجماع وأبو حنيفة رحمه الله جعل ما نحن فيه من الاصل الاول لانهم صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم فانه السبب الموجب للقسامة والدية قال عمر وأنا أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم و بدعوى الولي القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن هذا السبب لم يكن ولكن خرجوا بذلك عن كونهم خصماء وهما جعلاه من الاصل الثاني لانهم انما يكونون خصما لو ادعى الولي القتل عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت العرضية فتقبل شهادتهم وقوله (يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس) أما على الاصل الاول فمسئلة الوكيل اذا خاصم في مجلس الحكم ثم عزل كما مر والوصي في حقوق اليتيم خاصم أو لم يخاصم كما مر وأما على الاصل الثاني فمسئلة الشفيعين اذا شهدا على المشتري بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة تقبل شهادتهما لانهما بعرضية أن يصيرا خصمين بطلب الشفعة وقد بطلت بتركها وقوله (ولو ادعى) ظاهر وقوله (على ما بيناه) اشارة الى ماذكر من مسئلة وان ادعى الولي على واحد من أهل المحلة في بيان الفرق بقوله وهو أن وجوب القسامة عليهم دليل على أن القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافي ابتداء الامر وقوله (ومن جرح في قبيلة) يعني ولم يعلم الجارح لانه لو علم سقط القسامة بل فيه القصاص على الجارح ان كان عمدا والدية على العاقلة اذا كان خطأ فاذا لم يعلم الجارح فاما أن يصير صاحب فراش حين جرح أو يكون صحيحا حينئذ بحيث يجيء ويذهب فان كان الثاني فلا ضمان فيه بالاتفاق وان كان الاول ففيه القسامة والدية على القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف لاشيء عليه وهو مذهب ابن أبي ليلى و وجه قول أبي يوسف ظاهر ووجه قول أبي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص واعترض عليه بانه لو كان كذلك لما افترق الحكم بين صيرورته صاحب فراش وعدم صيرورته كذلك كما لا يفترق في حق القصاص فانه اذا لم يكن وقت الجرح صاحب فراش ثم سرى فمات وجب القصاص وأجيب بأن القسامة والدية وردتا في قتيل في محلة لم يعلم له قاتل بالنص على خلاف القياس فيراعى ذلك بقدر الامكان والمجروح في محلة لم يعلم جارحه اذا صار صاحب فراش قتيل شرعا لانه صار مريضا مرض الموت وحكمه حكم الميت في التصرفات فجعل كانه مات حين جرح فوجبت الدية والقسامة وأما اذا كان صحيحا يذهب و يجيء فهو في حكم التصرفات لم يجعل كالميت من حين جرح فكذلك في الدية والقسامة وقوله (ولو أن رجلا معه جريح الخ) حكمه ظاهر من مسئلة من جرح في قبيلة فنقل الى أهله ولهذا قال في آخره وقد ذكرنا وجهي القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة

(ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه) لان الدار في يده حين وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم

لا نسلم أن الظاهر غة لو كان حجة لكان حجة للاستحقاق بل يجوز أن يكون حجة لدفع القسامة والدية عن أهل المحلة ولا يكون حجة للاستحقاق على المسلمين الذين اقتتلوا عصبية في ذلك المحل فيلزم أن يكون هدرا فلا بد في تمام الفرق بين المسئلتين من المصير الى ماذكره المشايخ من البيان ونقله صاحب العناية كما تحققه (قوله ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة) قال صاحب العناية اعلم أن المصنف قال فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بأن يقال عاقلة الميت اما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا أشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته الى هنا كلامه أقول ماذكره في الدفع كلام مشوش خال عن التحصيل سيما قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته فان حكم المسئلة المذكورة وهو وجوب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة يعم الصورتين قطعا أي صورة ان كان عاقلة الميت عاقلة الورثة وصورة ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فما معنى تخصيص حكمها بالصورة الاولى بمجرد الاشارة الى امكانها ثم ان تقدير المضاف وعدم تقديره متناقضان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد حتى يقدر المضاف في قول المصنف فالدية على عاقلته على التقدير الثاني ولم يقدر على التقدير الاول كما يشعر به قوله وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته فالوجه في الدفع أن يقال المضاف مقدر البتة في قوله فالدية على عاقلته أي على عاقلة ورثته فيوافق الدليل ويتناول الصورتين معا أما تناوله الصورة الثانية وهي ان كان عاقلة الميت غير عاقلة الورثة فظاهر وأما تناوله الصورة الاولى وهي ان كان عاقلة الميت عين عاقلة الورثة فلأن عاقلته وعاقلتهم اذا اتحد تا يصح نسبتهم الى الورثة كما يصح نسبتهم الى الميت بل تكون نسبتهم الى الورثة أولى ههنا لان الدار لما كانت حال ظهور القتل للورثة لا للميت وكان وجوب القسامة والدية بناء على ظهور القتل كما ذكره المصنف في الدليل كانت الدية على عاقلة الورثة لا على عاقلة الميت وقال صاحب النهاية في شرح قول المصنف فديته على عاقلته لورثته أي على عاقلة ورثته لورثته لانه لما وجد قتيلا في الدار المملوكة لورثته لا له لانه ميت والميت ليس من أهل الملك كانت الدية عليهم وانما قال الدية على عاقلته بناء على الظاهر وهو أن عاقلة الوارث والمورث متحدة وان كان في موضع تختلف العاقلة ينبغي على قياس هذه الطريقة وهي أن الدار مملوكة للورثة لا للميت أن تكون الدية على عاقلة الورثة وهي الاصح وعلى قياس طريقة أن غيره لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون عاقلته يجب أن تكون الدية على عاقلة القتيل كذا في المبسوط انتهى أقول لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن هذا أولى مما ذكره صاحب العناية الا أن في تقريره أيضا شيئا من الركاكة فلا رجح ماقررناه من قبل تأمل ترشد (قوله وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم) اعترض عليه بأن الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت

حنيفة رحمه الله ثم قال في دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهر ومخالفة بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما أن تكون عاقلة الورثة أو غيرهم فان كان الاول كانت الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة فلا تنافي بينهم وان كان الثاني كانت الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما ممكنا أشار الى الاول في حكم المسئلة والى الثاني في دليلها وعلى التقدير الثاني يقدر في قوله فالدية على عاقلته مضاف أي على عاقلة ورثته وماذكر في الكتاب من وجه المسئلة الجانبين ظاهر واعترض على وجه أبي حنيفة رحمه الله بان الدية اذا وجبت على عاقلة الورثة فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب

(قال المصنف ولو وجد رجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته) أقول أي على عاقلة ورثته على تقدير المضاف وانما قال هكذا بناء على الظاهر من اتحاد عاقلة الورثة مع عاقلة القتيل حتى لو اختلفت العواقل تكون على عاقلة الورثة كما صرح به المصنف في تقرير الدليل

بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له ثم اعلم بانه صنع مثل ذلك في ذكره الدية في الحكم والقسامة في دليل أبي حنيفة رحمه الله اشارة الى أن القسامة واجبة عليهم ووجوب الدية وهو اختيار بعض المشايخ فان القسامة لم تذكر في الاصل واختلف المشايخ في وجوبها على العاقلة على قول أبي حنيفة فمنهم من قال لا تجب لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس ههنا من يعلمه فلا تلزم القسامة ومنهم من قال تجب لجواز أن يكون جماعة اتفقوا على قتله فقتلوه في داره فيكون ثمة من يعلم بحاله واختاره المصنف واكتفى بذكرها في الدليل عن ذكر الدية لان وجوبها يستلزم وجوب الدية وما ألطفه مخبرا بل الله دره ولما

استشعر ورود مسئلة المكاتب اذا وجد قتيلا في داره كالنقض على ماذكر أشار الى الجواب بقوله لان حال ظهوره الخ يعني انما صار دم المكاتب هدرا لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات عن وفاء بل يقضى به ما عليه واذا كان الدار على حكم ملك نفسه جعل قتيل نفسه ومن قتل نفسه كان دمه هدرا بخلاف الحر فانه حال ظهور قتله لم تكن الدار على حكم ملكه لعدم قابلية الميت للملك وانما انتقل الى ورثته فكان كقتيل وجد في دار غيره ولم يعلم له قاتل فتجب فيه القسامة والدية وقوله (ولو أن رجلين كانا في بيت) ظاهر وقوله (كما اذا وجد قتيل في محلة) يعني أن توهم قتل نفسه فيه موجود ولم يعتبر فكذلك ههنا وقوله (قال المتأخرون)

بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه (ولو أن رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال محمد لا يضمنه) لانه يحتمل أنه قتل نفسه فكان التوهم ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف أن الظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة (ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل اليها في النسب وقال أبو يوسف على العاقلة أيضا) لان القسامة انما تجب على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فاشبهت الصبي ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا أنزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة (ولو وجد رجل قتيلا في أرض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من أهلها قال هو على صاحب الارض) لانه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

للورثة فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم وأجيب بأنها تجب للمقتول حتى تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبي والمعتوه اذا قتل أباه تجب الدية على عاقلته وتكون ميراثا له كذا في العناية وعليه أكثر الشراح أقول يرد على ظاهر هذا الجواب أنه ينافي ماذكر في وضع جواب المسئلة فان المذكور فيه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة ومقتضى جواب الاعتراض أن تكون ديته له لا لورثته ويمكن دفعه بان المراد بالمذكور في وضع جواب المسئلة أن دية المقتول على عاقلته لورثته في ثاني الحال أي تصير لهم بالخلافة عن المقتول بعد أن كانت له أولا ومثل هذا التسامح في العبارة ليس بعزيز في كلمات الثقات ثم أقول بقي هنا اشكال قوي وهو أنه قد مر أن دعوى ولي القتيل شرط لوجوب القسامة والدية وولي القتيل فيما نحن فيه هو الورثة فلا بد من دعواهم فيلزم أن تكون دعواهم على أنفسهم لان الدار كانت لهم حال ظهور القتل ولا يخفى ما فيه ويمكن دفعه أيضا بتمحل فليتأمل وأجاب صاحب الغاية عن أصل الاعتراض بوجه آخر حيث قال قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم انتهى أقول ليس هذا بشئ أما أولا فلان الدية اسم لمجموع ماقدره الشرع من الانواع المخصوصة من المال كما تقرر في أول الديات وبعض ذلك لا يسمى دية كما صرحوا به فلو كان ما يجب للورثة من العاقلة ما وجب على غير الورثة منهم فقط لما تم جواب هذه المسئلة وهو قوله فديته على عاقلته لورثته لان دية المقتول مجموع

أي من مشايخنا رحمهم الله (ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة) يشير الى انها لا تدخل في غير هذه الصورة على ما يجيء في المعاقل ان شاء الله تعالى وانما دخلت في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا حيث دخلت في القسامة فكما دخلت فيها دخلت في العقل أيضا بخلاف غيرها من الصور فانها لا تدخل فيه في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل أيضا وقوله (لانه أحق بنصرة أرضه) لان الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى أهل القرية والله سبحانه وتعالى أعلم

(قال المصنف وتهمة القتل من المرأة متحققة) أقول مخالف لما مر في بيان قوله ولا قسامة على المرأة وأشار الاكمل الى جوابه في الدرس الثاني من المعاقل

﴿كتاب المعاقل﴾

المعاقل جمع معقلة وهى الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من أن تسفك أى تمسك قال (والدية فى شبه العمد والخطا وكل دية تجب بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون) يعنى يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه فى الديات والاصل فى وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام فى حديث حمل بن مالك رضى الله عنه للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لاوجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذى تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفى ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين فى تركهم مراقبته فخصوا به قال (والعاقلة أهل الديوان ان كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين

ما يجب على العاقلة كلهم لا ما يجب على بعض منهم وأما ثانيا فلان المحذور المذكور فى الاعتراض المزبور انما هو أن يكون الذين عقلوا عنهم هم الذين عقلوا لهم وهم الورثة كما ينادى عليه قول المعترض فكيف يستقيم أن يعقلوا عنهم لهم لا أن يكون من وجبت الدية عليهم عين من وجبت لهم حتى يقال ان من وجبت الدية عليهم غير الورثة ومن وجبت لهم هم الورثة فلا اتحاد على أن العاقلة اذا كانت أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة كما صرح به ذلك المجيب تكون الورثة أيضا ممن وجبت عليهم الدية لان الدية انما تجب على العاقلة كلهم لا على بعض منهم فيلزم اتحاد من وجبت الدية عليهم ومن وجبت لهم بالنظر الى الورثة لا محالة فلا يصح الجواب المزبور على كل حال كما لا يخفى

﴿كتاب المعاقل﴾

أقول هكذا وقع العنوان فى عامة المعتبرات لكن كان ينبغى أن يذكر العواقل بدل المعاقل لان المعاقل جمع المعقلة وهى الدية كما صرح به المصنف وغيره فيصير المعنى كتاب الديات وهذا مع كونه مؤديا الى التكرار ليس بتام فى نفسه لان بيان أقسام الديات وأحكامها قد مر مستوفى فى كتاب الديات وانما المقصود بالبيان ههنا بيان من تجب عليهم الدية بتفاصيل أنواعهم وأحكامهم وهم العاقلة فالمناسب فى العنوان ذكر العواقل لانها جمع العاقلة قال صاحب النهاية لما كان موجب القتل الخطا وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن بد من معرفتها ومعرفة أحكامها فذكرها فى هذا الكتاب انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول ليس ذلك بسديد لان مداره أن يكون المقصود بالذات فى هذا الفصل معرفة الديات نفسها ومعرفة أحكامها وليس كذلك فان محلها كتاب الديات واستوفيت هناك على التفصيل وانما المقصود بالذات هنا معرفة العواقل وأحكامها وذكر الدية على سبيل الاستطراد ولولا ذلك لما ذكر الكتاب هنا بل كان ينبغى أن يذكر الباب أو الفصل لكون المذكور هنا اذ ذاك شعبة من الديات بخلاف العواقل فانه أمر مغاير للديات ذاتا وحكما فكانت محلا لذكر الكتاب وكأن ذينك الشارحين انما اغترا بذكر المعاقل فى عنوان هذا الكتاب بدل العواقل كما فصلناه آنفا والوجه السديد هنا ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال لما بين أحكام القتل الخطا وتوابعه شرع فى بيان من تجب عليه الدية اذ لا بد من معرفتها انتهى (قوله والدية فى شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) قال جمهور الشراح قوله وكل دية مبتدأ وقوله على العاقلة خبره أقول فيه خلل اذ لو كان الامر كما قالوا لكان قوله وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة كلاما مستأنفا مستقلا وكان ما قبله وهو قوله والدية فى شبه العمد والخطا كلاما تاما مستقلا أيضا فيلزم أن يكون قوله والدية

﴿كتاب المعاقل﴾

لما كان موجب القتل الخطا وما فى معناه الدية على العاقلة لم يكن من معرفتها بد فذكرها وأحكامها فى هذا الكتاب وقال (المعاقل جمع معقلة) بفتح الميم وضم القاف وبين معناها وقوله (وكل دية) مبتدأ وقوله (على العاقلة) خبره وقوله (وجبت بنفس القتل) يعنى ابتداء فان ما يجب منها بسبب الصلح أو الابوة فهى فى مال القاتل لا على العاقلة وقوله (وقد ذكرناه) يعنى الدية بتأويل العقل وقوله (وكذا الذى تولى شبه العمد) وهو الذى ضربه بالسوط الصغير حتى قتله وقوله (وفى ايجاب مال عظيم اجحافه) فسر الاجحاف بقوله واستئصاله وقوله (انما قصر) يعنى أن القاتل انما قصر حالة الرمى فى التثبت والتوقف وقوله (وتلك) أى القوة

﴿كتاب المعاقل﴾

أقول كان الاولى أن يقال كتاب العواقل لان المعاقل جمع معقلة وهى الدية كما قال هو فكأنه قال كتاب الديات فصار تكرارا والعواقل جمع عاقلة وهو من يتحمل الدية وهذا هو المناسب هنا كما لا يخفى (قوله وهو الذى ضربه بالسوط الصغير) أقول وفيه بحث

كتبت أساميهم فى الديوان وهذا عندنا وقال الشافعى الدية على أهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضى الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل العقل على أهل الدوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على أهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى منه فى أصول أموالهم والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى عليه السلام ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة (فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على مانبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة معناه فى المستقبل

مبتدأ وقوله فى شبه العمد والخطا خبره فيصير المعنى والدية كائنة أو واجبة فى شبه العمد والخطا وهذا مع استلزامه أن يكون قوله والدية فى شبه العمد والخطا مستدركا لاطائل تحته ههنا اذ كون الدية واجبة فى شبه العمد والخطا وقد ذكر مفصلا فى أول كتاب الجنايات وكتاب الديات وليس له تعلق بكتاب المعاقل يفوت به المعنى المقصود ههنا وهو بيان كون الدية فى شبه العمد والخطا على العاقلة اذ بهذه الحيثية تصير هذه المسئلة من مسائل كتاب المعاقل والحق الصريح عندى أن قوله والدية مبتدأ وقوله فى شبه العمد والخطا صفته أى الدية الكائنة أو الواجبة فى شبه العمد والخطا وقوله وكل دية وجبت بنفس القتل عطف على قوله والدية فى شبه العمد والخطا وقوله على العاقلة خبر المبتدا وهو قوله والدية فيصير الحكم بكونها على العاقلة منسحبا على المعطوف والمعطوف عليه جميعا فلا يلزم المحذور أصلا ويحصل المعنى المقصود ههنا بلا ريب (قوله ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج فى كل سنة مرة) أقول فى تمام هذا التعليل كلام لانه يجوز أن يكون العطاء الخارج فى سنة واحدة أو فى سنتين وافيا بتمام الدية لكثرة آحاد العاقلة فيمكن أخذها بالتمام من العطاء الخارج فى سنة أو سنتين فلا يفيد هذا التعليل المزبور المدعى وهو التقدير بثلاث سنين وأيضا يجوز أن لا تكون العطايا الخارجة فى ثلاث سنين وافية بتمام الدية لقلة آحاد العاقلة فلا بد أن تؤخذ اذ ذاك من العطايا الخارجة فى أكثر من ثلاث سنين فلا يفيد التعليل المذكور المدعى من هذه الحيثية أيضا كما ترى نعم يفيد التأجيل مطلقا لكن المدعى ههنا هو التأجيل بثلاث سنين لا التأجيل مطلقا (قوله فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث سنين أو أقل أخذ منها لحصول المقصود) أقول فيه بحث وهو أن القياس كان يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس المحترمة لعدم المماثلة بينهما الا أن الشرع ورد بذلك كما صرحوا به والشرع انما ورد بايجابه مؤجلا بثلاث سنين فانه هو المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وهو المحكى عن عمر رضى الله تعالى عنه كما مر آنفا فينبغى أن يختص التأجيل بثلاث سنين اذ قد تقرر عندهم أن الشرع الوارد على خلاف القياس يختص بما ورد به وسيجىء نظير هذا فى الكتاب فى تعليل أن ما وجب على القاتل فى ماله كما اذا قتل الاب ابنه عمدا ليس بحال عنده بل مؤجل بثلاث سنين فتأمل هل يمكن دفعه (قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا فى سنة واحدة) قال صاحب معراج الدراية وفى بعض النسخ ولو خرج للقابل أى للعام القابل وهو الاصح انتهى وتبعه الشارح العينى أقول كيف يكون ذلك هو

مجموعة ويروى أن عمر رضى الله عنه أول من دون الدواوين أى رتب الجرائد للولاة والقضاة ويقال فلان من أهل الديوان أى ممن أثبت اسمه فى الجريدة وقوله (من عطاياهم) العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية والعطايا جمع عطية وهو بمعنى العطاء وقوله (وذلك ليس بنسخ بل هو تقرير معنى) جواب عن قول الشافعى رحمه الله ولا نسخ بعده وقوله (بالحلف) الحلف بكسر الحاء العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء الموالاة وقوله (والولاء) أى ولاء العتاقة وقوله (والعد) هو من العدد وهو أن يعد فيهم يقال فلان عديد بنى فلان اذا عد فيهم وقوله (فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث) أى ثلاث سنين أو أقل مثل أن تخرج عطاياهم الثلاث فى ست سنين يؤخذ منهم فى كل سنة سدس الدية وان خرجت عطاياهم الثلاث فى سنة واحدة أخذ منهم الدية فيها وقوله (لحصول المقصود) يعنى أن المقصود أن يكون المأخوذ منهم من الاعطية وذلك يحصل بالاخذ من عطاياهم سواء كانت فى أكثر من ثلاث سنين أو فى أقل منها وقوله (وتأويله) أى تأويل كلام القدورى رحمه الله فانه أطلق ذكر السنين وانما يؤخذ منهم فى ثلاث سنين بعد القضاء فيكون المراد ثلاث سنين فى المستقبل فلا بد من التأويل

يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية فى ثلاث سنين فكل ثلث منها فى سنة وان كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس أو أقل كان فى سنة واحدة ومازاد على الثلث الى تمام الثلثين فى السنة الثانية ومازاد على ذلك الى تمام الدية فى السنة الثالثة وماوجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين وقال الشافعى رحمه الله ماوجب على القاتل فى ماله فهو حال لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه

الاصح وحينئذ يلزم أن يكون قول المصنف معناه فى المستقبل لغوا محضا لان مايخرج للعام القابل أى المقبل لايكون الا فى المستقبل قطعا فمامعنى تفسير المراد بقوله معناه فى المستقبل اللهم الا أن يفرق بين خروج فى العام القابل وبين خروج للعام القابل ويدعى امكان كون الخروج للعام القابل فى الماضى بان خرج العطاء فى الماضى للعام القابل أى لاجل العام القابل بطريق تعجيل اعطاء عطية العام الآتى أيضا لمصلحة لكنه تعسف لايخفى نعم فى النسخة الاولى أيضا كلام وهو أنه قال فى جواب هذه المسئلة يؤخذ منها كل الدية ولاشك أن كل الدية انما يؤخذ من العطايا التى خرجت للعاقلة أجمعهم لا مما خرجت للقاتل فقط الا أنه يمكن أن يقدر المضاف فى قوله ولو خرج للقاتل أى لو خرج لعاقلة القاتل وتقدير المضاف طريقة معهودة فحينئذ ينتظم جواب المسئلة كما لايخفى (قوله يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء أقول أراهم خرجوا هنا عن سنن الصواب اذ الظاهر أن قوله لما ذكرنا دليل على قوله يؤخذ منها كل الدية فحينئذ لامجال لكون قوله المزبور اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء اذ لا تأثير لكون الوجوب بالقضاء فى أن يؤخذ كل الدية من العطايا الخارجة فى سنة واحدة فى مسئلتنا هذه بل انما يكون قوله المزبور حينئذ اشارة الى قوله لحصول المقصود فانه يصلح أن يكون دليلا عليه اذ ذاك كما لايخفى على ذى مسكة نعم لو جعل قوله المزبور دليلا على قوله معناه فى المستقبل لصح جعل ذلك اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء لكن جعله دليلا على ماوقع ذكره من المصنف استطرادا وبالتبع وهو قوله معناه فى المستقبل وترك ماهو أصل المسئلة ومقصود بالذات هنا خاليا عن الدليل بالكلية مما لا تقبله الفطرة السليمة على أنه لو كان مراد المصنف ذلك لما أخر قوله لما ذكرنا عن جواب المسئلة بل كان عليه أن يذكره متصلا بقوله معناه فى المستقبل (قوله وماوجب على العاقلة من الدية أو على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ماله فى ثلاث سنين) أقول هذا التحرير مختل اذ الظاهر أن خبر ما فى قوله وماوجب على العاقلة انما هو قوله فهو فى ماله اذ لو كان خبره فى ثلاث سنين لم يكن للفاء فى قوله فهو فى ماله معنى بل لم يظهر لضمير هو فى قوله فهو فى ماله ارتباط بما قبله وهذا كله مما لا سترة به عند من له دربة بأساليب الكلام والقواعد الادبية فان كان خبر ما قوله فهو فى ماله لم يصح معنى الكلام فى المقام فان ماوجب على العاقلة من الدية ليس من مال القاتل بلا ريب فالحق فى تحرير المقام أن يقال وماوجب على العاقلة من الدية أو على القاتل فى ماله بان قتل الاب ابنه عمدا فهو فى ثلاث سنين (قوله ولنا أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه) قال صاحب العناية فى شرح قوله أن القياس يأباه أى القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعنى لايقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهى لاتتناقض انتهى أقول ليس هذا بشرح صحيح أما أولا فلانه لو كان معنى قول المصنف أن القياس يأباه هو أنه لا يقتضيه لما أثبت دليلنا المذكور هنا مدعانا فان ايجاب المال بمقابلة النفس لايكون حينئذ مخالفا للقياس لان عدم اقتضاء القياس اياه ليس باقتضاء عدمه والمخالفة انما تتحقق فى الثانى دون الاول فاذا لم يكن ذلك مخالفا للقياس لم يلزم من ورود الشرع بايجاب المال فى الخطا مؤجلا أن لا يتعدى غيره لان الذى لا يتعدى مورده انما هو

ولو

وقوله (لما ذكرنا) اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء وقوله (واذا كان جميع الدية) واضح وقوله (ولنا أن القياس يأباه) أى القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس يعنى لايقتضيه لان القياس من حجج الشرع وهى لاتتناقض والشرع ورد به أى بايجاب المال مؤجلا فى الخطا فلا يتعداه فان قيل هذا ليس فى معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو فى معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء والمساواة من جميع الوجوه غير ملتزمة وكون التأجيل للتخفيف حكمة لايترتب الحكم عليها

(قوله وقوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء) أقول ولعل الاظهر أن يكون اشارة الى قوله لحصول المقصودة (قوله وكون التأجيل للتخفيف حكمة لايترتب الحكم عليها) أقول يعنى لايترتب الحكم على الحكمة

وقوله (لان الواجب الاصلي المثل) لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة تحول الحق الى القيمة بالقضاء (فيعتبر ابتداؤها من وقته) أي من وقت القضاء (كما في ولد المغرور) فان قيمته انما تجب بقضاء القاضي وان كان رد عينه قبل القضاء متعذرا لكن جعل الواجب رد العين وتحول الى القيمة بالقضاء لما تحقق العجز عن رد العين ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن المغرور شيأ وهذا هو الموعود من قبل بقوله لان الوجوب بالقضاء على ما نبين وقوله (وهذا) أي قول القدوري رحمه الله لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها (اشارة الى انه يجوز أن يزاد على أربعة من جميع الدية) فاذا أخذ من كل واحد منهم في كل سنة ثلاثة أو أربعة دراهم كان من جميع الدية تسعة أو اثنا عشر وليس كذلك فان محمدا رحمه الله نص على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم أو درهم وثلث درهم وقوله (وهو الاصح) احترازعما ذهب اليه بعض مشايخنا رحمهم الله مما فهم من اشارة كلام القدوري ذكر في المبسوط وقال ذلك غلط وقوله (ضم اليهم أقرب القبائل معناه نسبا) قالوا هذا الجواب انما يستقيم في حق العرب لان العرب حفظت أنسابهم فامكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من حيث النسب أما في حق العجمي فلا يستقيم لان العجم ضيعوا أنسابهم فلا يمكننا ايجاب العقل على أقرب القبائل من القاتل نسبا فبعد ذلك

ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال (ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها) قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري رحمه الله في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على أربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم أو درهم وثلث درهم وهو الاصح قال (وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل) معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم وأما الآباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم

ما يخالف القياس كما تقرر في علم الاصول وأما ثانيا فلانه ان أراد بقوله وهي أي حجج الشرع لا تتناقض أن حججه المعمول بها لا تتناقض فسلم لكن القياس فيما نحن فيه ليس بمعمول به بل هو متروك بالنص الوارد بايجاب المال فلا محذور في اقتضائه عدم ايجاب المال بمقابلة النفس وان أراد به أن حجج الشرع لا تتناقض مطلقا أي سواء كانت معمولا بها أو لا فممنوع كيف وقد وضعوا في كتب الاصول بابا للمعارضة بين الادلة الشرعية والترجيح وبينوا أحكام ذلك على التفصيل والعجب من الشارح المزبور أنه رفض هنا عدة من القواعد الفقهية بلا ضرورة أصلا ثم قال ذلك الشارح فان قيل هذا ليس في معنى الخطا فلا يلحق به قلنا هو في معناه من حيث كونه مالا وجب بالقتل ابتداء أقول ان قيد الابتداء في قوله وجب بالقتل ابتداء ينافي ما مر منه في أول كتاب المعاقل فانه لما قال في الكتاب هنالك وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة قال ذلك الشارح وغيره في شرح قوله وجبت بنفس القتل يعني ابتداء وقالوا يحترز به عن دية تجب بسبب الصلح أو الابوة في القتل العمد فانها في مال القاتل لا على العاقلة انتهى ووجه المنافاة غير خاف على ذي مسكة (قوله ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل) أقول قد مر في كتاب الجنايات انه اذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم وقالوا في بيان وجهه ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال لان القتل لا يتجزأ لخفاء التماثل بين الواحد والجماعة من هذه الحيثية فوجب القصاص على جميعهم فلقائل أن يقول هنا فلم لا تجب على كل واحد من العشرة القاتلين واحدا خطأ دية كاملة باعتبار أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال كما في العمد بناء على أن القتل لا يتجزأ وقد مر في كتاب الديات أنه قد روي أن عمر رضي الله عنه قضى بأربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر فليتأمل في الفرق (قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤه من وقته) قال الشراح في بيانه لان ضمان المتلفات انما يكون بالمثل بالنص ومثل

(قال المصنف لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء) أقول بل الواجب الاصلي الدية قال الله تعالى ودية مسلمة الى أهله فليس التحول اليها بالقضاء فان القضاء قضاء الله تعالى لا حكم الا حكمه (قال المصنف ومن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم) أقول أي بالقبيلة ويحتمل أن الباء للملابسة والمعنى لان نصرة القبيلة ملتبسة به (قوله مما فهم من اشارة كلام القدوري) أقول من للنشئية في قوله مما

وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات يعني أقربهم نصرة اذا حزبهم أمر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك اذ خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي أحط رتبة منها ألا ترى انها لا تؤخذ من أصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث) لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة فكما يخرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في كل ستة أشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم أو أكثر أخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه أيسر اما لان الاعطية أكثر أو لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم

اختلف المشايخ رحمهم الله فقال بعضهم يعتبر الحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وقوله (فيسوى بين الكل) يعني الآباء والابناء وغيرهم لانه صلة لانه يجب على العاقلة على سبيل المواساة وقوله (ولو كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق) قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل للفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة والباقي ظاهر

النفس النفس الا أنه اذا رفع الى القاضي وتحقق العجز عن استيفاء النفس لما فيه من معنى العقوبة وهو مرفوع عن الخاطئ تحول الحق بالقضاء الى المال انتهى أقول فيه نظر لانهم ان أرادوا أن ضمان المتلفات مطلقا حتى النفس المتلفة بالقتل خطأ انما يكون بالمثل بالنص فهو ممنوع كيف وقد قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الآية وهو نص صريح في كون جزاء القتل خطأ تحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله لا قتل القاتل بمقابلة ذلك نعم ان قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم كان يقتضي باطلاقه أن يكون الضمان في النفس المتلفة بالقتل خطأ أيضا بالمثل لو لم يكن حكم القتل خطأ مخصوصا منه بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولما خص به من ذلك كان وجوب الدية في القتل خطأ منصوصا عليه من قبل رب العزة ثابتا قبل القضاء بل قبل أن يخلق القاضي وان أرادوا أن ضمان المتلفات ما عدا النفس انما يكون بالمثل بالنص فهو مسلم لا محالة ولكن لا يجدي شيأ فيما نحن فيه كما لا يخفى (قوله وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من ثلاثة أو أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون) أقول فيه كلام وهو أن عدم كثرة الآباء مسلم وأما عدم كثرة الأبناء ككثرة الاخوة فممنوع كيف واخوته أبناء أبيه فاذا جاز أن يكثر أبناء أبيه فلم لا يجوز أن يكثر أبناء نفسه فتأمل (قوله وان كانت عاقلة الرجل أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال) قال تاج الشريعة الفرق بين الرزق والعطاء أن الرزق ما يفرض للانسان في مال بيت المال بقدر الحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر أو كل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة لا بالحاجة انتهى أقول تفسير العطاء بما ذكره لا يلائم مسئلة مرت فيما قبل وهي قوله ولو خرج للقاتل ثلاث عطايا في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية فان المفهوم منها جواز أن يفرض لرجل عطاء في كل سنة من الثلاث فتخرج له في سنة واحدة ثلاث عطايا والظاهر من التفسير المزبور أن يكون العطاء ما يفرض كل سنة مرة واحدة نعم يلائم قول المصنف قبيل تلك المسئلة والعطاء يخرج في كل سنة مرة واحدة فالذي يمكن في التوفيق أن يحمل قول المصنف والعطاء يخرج في كل سنة مرة

(قوله قيل الفرق بين العطية والرزق أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة) أقول فيه بحث لانه لا يلائم قوله وان كان لهم أرزاق فتأمل (قال المصنف ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة) أقول في المغرب الرزق ما يخرج للجندي عن رأس كل شهر وقيل يوما بيوم والمرتزقة الذين يأخذون الرزق يوما بيوم وان لم يثبتوا في الديوان وفي مختصر الكرخي العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء انتهى

قال (وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم) لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعى لا يجب على القاتل شئ من الدية اعتبارا للجزء بالكل فى النفى عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبرئ منه أولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل) لقول عمر رضى الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبى ولا امرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية

واحدة وكذا التفسير الذى ذكره تاج الشريعة للعطاء على ما هو الاكثر الاغلب وقوعا ومثل هذا اللبس يعز يزفى المتعارف وقال صاحب الغاية الفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة ثم قال قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية فى أعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا انتهى أقول ان صاحب المغرب قد ذكر الفرق بين الرزق والعطاء فى الموضعين من المغرب أحدهما موضع بيان الرزق والثانى موضع بيان العطاء فقال فى الاول الرزق ما يخرج للجندى عند رأس كل شهر وقيل يوما بيوم ثم قال وفى مختصر الكرخى العطاء ما يفرض للمقاتلة والرزق للفقراء وقال فى الثانى العطاء اسم ما يعطى والجمع أعطية وأعطيات وقوله لا يجوز بيع العطاء والرزق ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر ثم قال وفى شرح القدورى فى العاقلة الدية فى أعطياتهم ثلاث سنين فان لم يكونوا أهل عطاء وكانت لهم أرزاق جعلت الدية فى أرزاقهم وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة انتهى فنظر صاحب الغاية لا يرد على ما ذكره فى الموضع الاول قط وكذا لا يرد على ما ذكره فى الموضع الثانى أولا بقوله ففرق ما بينهما أن العطاء ما يخرج للجندى من بيت المال فى السنة مرة أو مرتين والرزق ما يخرج له كل شهر وانما يرد على ما نقله من شرح القدورى بقوله وقال الفرق بينهما أن العطية ما يفرض للمقاتلة والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وهو ليس بمرضى عند صاحب المغرب فنسبة ذلك القول الى صاحب المغرب نفسه وايراد النظر عليه ليس كما ينبغى والعجب ههنا من صاحب العناية أنه خص بالذكر من بين ما ذكروا فى الفرق بين العطية والرزق ذلك القول الذى رده صاحب الغاية ولم يتعرض لما فيه من المحذور ولم يذكر شيأ يدفعه مع ظهور أن المسئلة الآتية فى الكتاب بقوله وان كانت لهم أرزاق فى كل شهر وأعطية فى كل سنة فرضت الدية فى الاعطية دون الارزاق يأبى ذلك القول جدا (قوله وأدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى كأحدهم) قال صاحب النهاية اعلم أن القاتل انما يكون كأحد العواقل فى أداء نصيبه من الدية اذا كان القاتل من أهل العطاء فى الديوان وأما اذا لم يكن هو من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضا لان الدية تؤخذ من الاعطيات وقال وهو هكذا منصوص فى المبسوط واقتفى أثره فى تقييد هذه المسئلة بالوجه المزبور أكثر الشراح منهم صاحب العناية أقول هذا مشكل عندى اذ قد مر فى الكتاب أن من لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهى المعتبرة فى التعاقل ولا شك أن قبيلة من لا يكون من أهل العطاء فى الديوان قد لا تكون هى أيضا من أهل العطاء فى الديوان وقد مر أيضا أنهم قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كان بالحلف فأهله وعلى مقتضى ما ذكر فى النهاية من قوله لان الدية تؤخذ من الاعطيات فى تعليل قوله وأما اذا لم يكن

وقوله (وأدخل القاتل مع العاقلة) يعنى اذا كان القاتل من أهل الديوان أما اذا لم يكن فلا شئ عليه من الدية عندنا أيضا كما لا تجب عند الشافعى رحمه الله قال (وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ فى الديوان عقل) كلامه واضح

(قال المصنف قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى) أقول قال القاضى فى تفسيره أى ولا تحمل نفس آثمة اثم نفس أخرى وقال القاضى فى تفسير سورة الانعام جواب عن قولهم اتبعوا سبيلنا ولنحمل خطاياكم انتهى فعلى هذا لا يتجه التمسك بها فى هذا المقام لاثبات الملازمة وأما المصنف لم يحمل على هذا المعنى بل قال أى لا تحمل نفس حاملة حمل نفس أخرى فاستدل بها فيلزم النسخ أو التخصيص

وقوله (وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما من الدية) قيل انه يناقض قوله في المسئلة التي ذكرها قبيل المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هنالك في تحمل الدية مع العاقلة وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهنالك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شئ منه اوهي قاتلة تقديرا أولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد لا يستلزم الدية فان قلت هذا الجواب ينبني على ايجاب القسامة عليها وفي ذلك تناقض لانه قال قبيل هذا ولا قسامة على صبي الى أن قال ولا امرأة وعبد وقال ههنا ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض البتة فالجواب أن ذلك مذكور في سياق قوله وان لم تكمل أهل المحلة خمسين كررت الايمان ومعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما ههنا فالقتيل وجد في قريتها فيجب عليها نفيا التهمة القتل فانها تتحقق منها ويتبين من هذا أن القسامة اذا وجبت على جماعة تعلل بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخل ومن لا فلا فلا يدخل الصبي والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة والله أعلم قوله (والفرض لهما من العطاء) جواب عما يقال فرض الامام لنساء الغزاة وذراريهم من العطاء والعطاء انما يدفع بنصرة أهل الاسلام كما في حق الغزاة ثم الغزاة عواقل لغيرهم فكذا النساء ووجهه ما قاله ان الدفع اليهن باعتبار المعونة أي معونة الامام لهما الا باعتبار نصرتهما غيرهما

وأهل

وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه السلام ورضي الله عنهن (ولا يعقل أهل مصر عن مصر آخر) يريد به أنه اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر (ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم) لانهم أتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة (ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة) لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل (ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء

من أهل العطاء فلا يجب عليه شئ من الدية عندنا أيضا يلزم أن لا تجب الدية على العاقلة أيضا فيما اذا لم يكن القاتل ولا عاقلته من أهل العطاء لعدم امكان الاخذ من الاعطيات هنالك لا في حق القاتل ولا في حق عاقلته واللازم باطل لا محالة فان وجوب الدية على العاقلة في القتل الخطا وشبه العمد مجمع عليه فاذا وجب عليهم الدية البتة ينبغي أن يجب على القاتل أيضا شئ منها وان لم يكن من أهل العطاء العلة التي ذكرت في الكتاب وهي أن القاتل هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره فتدبر (قوله وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما) قال صاحب النهاية ان قوله هنا لا يجب على المرأة شئ من الدية وان كانت هي القاتلة يخالف المسئلة التي ذكرها قبيل كتاب المعاقل فيما اذا وجد القتيل في دار امرأة حيث أدخلها المتأخرون هنالك في تحمل الدية مع العاقلة انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقيل وليس بصحيح لان فرض المسئلة فيما اذا كانت قاتلة حقيقة وهنالك تقدر قاتلة بسبب وجوب القسامة لا يقال اذا لم يجب على المرأة شئ من الدية وهي قاتلة حقيقة فلأن لا يجب عليها شئ منها وهي قاتلة تقديرا أولى لانا نقول القسامة تستلزم وجوب الدية على المقسم اما بالاستقلال أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء وقد تحقق الملزوم فيتحقق اللازم بخلاف القتل مباشرة فانه قد

(قوله وهي قاتلة حقيقة) أقول الواو حالية (قوله أو بالدخول في العاقلة عندنا بالاستقراء) أقول فيه بحث ألا يرى أنه لا يجب على تلك المرأة دية على رواية الاصل بل أدخلها المتأخرون في تحملها مع العاقلة (قال المصنف والفرض لهما من العطا بالمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام) أقول قال الاتقاني بيانه أن بنيتهما تصلح لمعاونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضعفهما فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ويجوز أن يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام لا لوجود النصرة منهما لغيرهما فلم يدل فرض العطاء للنصرة انتهى والتشبيه في قول المصنف كفرض أزواج النبي عليه الصلاة والسلام على الاحتمال الاول في كون الفرض لا للنصرة لا في كونه للمعونة كما لا يخفى

وأهـل البادية أقرب اليه ومسكنه المصر عقـل عنه أهل الديوان من ذلك المصر) ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهـل الديوان قرابة قيـل هو صحيح لان الذين يذبون عن أهـل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم أهـل الديوان من أهـل المصر ولا يخصون به أهـل العطاء وقيـل تأويله اذا كان قريبا لهـم وفى الكتاب اشارة اليـه حيث قال وأهل البادية أقرب اليـه من أهل المصر وهذا لان الوجوب عليهم بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة (ولو كان البدوى نازلا فى المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر) لان أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا تعقل عن أهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم (وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم) لانهم التزموا أحكام الاسلام فى المعاملات لاسيما فى المعانى العاصمة عن الاضرار ومعـنى التناصر موجود فى حقهم (وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليـه) كما فى حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة أن لو وجدت فاذا لم توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه فى ماله لان أهل دار الاسـلام لا يعقلون عنه وتمكنه من هـذا القتـل ليس بنصرتهم (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر) لعدم التناصر

لا يستلزم الدية انتهى أقول فيه نظر لان استلزام القسامة وجوب الدية على المقسم عندنا اما بالاستقلال أو بالدخول فى العاقلة بالاستقراء ممنوع فانه اذا وجد القتيل فى قرية امرأة فعند أبى حنيفة ومحمد يجب عليها القسامـة ولا يجب عليها شئ من الدية على ما هو المنصوص عليـه من محمد كما ذكر فى غاية البيان والكفاية وغـيرهما والمتأخرون وان قالوا ان المرأة تدخـل مع العاقلة فى تحمل الدية فى تلك المسـئلة الا أن تعليلهم اياها بقولهم لانا أنزلناها قاتـلة والقاتلة تشارك العاقلة كما مر فى الكتاب قبـل كتاب المعاقل يأبى الفـرق بين القـاتلة حقيقة والمقدرة قاتلة بل يقتضى قياس المنزلة قاتلة على القاتلة حقيقـة والا لا يتم تعليلهم المذكور لا على قاعدة الفقه ولا على قاعدة الميزان كما يظهر بالتأمل الصادق فالحق فى التوفيق بين المسئلتين المذكورتين فى المقامين ما ذكره سائر الشراح فانه قال فى الكفاية هذا يخالف ما ذكر قبيل المعاقل من اختيـار المتأخرين أن المرأة تدخل فى التحمل مع العـاقلة الا أن ذلك ليس بأصل الرواية وانما هو اختيار بعض المتأخرين وما ذكرهنا هو اختيار الطحاوى وهو الاصح وهو أصل رواية محمد انتهى وقال فى معراج الدراية هذه المسئلة مخالفة لما مر قبيل كتاب المعاقل أنه لو وجـد قتيل فى دار امرأة أن المرأة تشارك العاقلة عنـد المتأخرين الا أنه يمكن أن يكون هذا على رواية المتقدمـين أن المرأة لا تدخل فى العواقل فى صورة من الصور انتهى وقال فى غاية البيان فان قلت قدم قبيل كتاب المعاقل أن القتيل اذا وجد فى قرية امرأة تجب القسامة عليها والدية على عاقلتها عنـد أبى حنيفة ومحمد وذهب المشايخ المتأخرون الى أنها تشارك العاقلة فى الدية فكيف لم تشاركهم هنا قلت ثمة أيضا لا تشاركهم فى الدية على ما هو المنصوص من محمـد وانما استحسـن المتأخرون فى تلك المسـئلة خاصة انتهى ثم قال صاحب العناية فان قلت هـذا الجواب يبتنى على ايجاب القسامة عليها وفى ذلك تناقض لانه قال قبـل هذا ولا قسامة على صبى الى أن قال ولا امرأة ولا عبـد وقال ههنا لو وجـد قتيل فى قرية لامرأة فعنـد أبى حنيفة ومحمـد القسامة عليها تكرر الايمان وذلك تناقض التتمة فالجواب أن ذلك مذكور فى سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة خمسـين كررت الايمان فمعناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبى والمرأة والعبد لانهم ليسوا من أهل النصرة واليمين على أهلها وأما هنا فالقتيل وجـد فى قريتها فتجب عليها نفيا لتهمة القتل فانها تتحقق منها وتبين من هـذا أن القسامـة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة فمن كان أهلا لها يدخـل ومن لا فلا فلا يدخل الصبى والعبد والمرأة واذا وجبت على واحد تعلل

وقوله (وأهل البادية أقرب اليه) يعنى نسبا وقوله (قيل هو صحيح) الضمير راجع الى قوله لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة وقوله (من أهـل المصر) بيان لقوله أهل الديوان أى أهل الديوان الذين هم من أهل المصر وقوله (وصار نظير مسـئلة الغيبة المنقطعة) يعنى أن للولى الابعـد أن يزوج اذا كان الاقرب غائبا وقوله (لاسيما فى المعانى العاصمة) كحد القـذف والسرقة والقصاص ووجوب الدية وقوله (فالدية فى ماله فى ثلاث سـنين) أى لا على بيت المـال لان النصرة الموجبة للعقل غير موجودة بين الذمى والمسلمين لانقطاع الولاية بيننا بخلاف المسلم فان ديتـه على بيت المال اذا لم يوجـد له عاقلة على ظاهر الرواية وسيجىء وقوله (وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم) أى ليس بسبب نصرة أهـل الاسلام اياه وقوله (لعدم التناصر) لان التعاقل يبتنى على الموالاة وذلك ينعدم عند اختلاف الملة قال الله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يتعاقلون بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة وصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا أن المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل و بالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل وتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة

بتهمة القتل فمن كان من أهلها وجبت عليه ومن لا فلا فتدخل المرأة الى هنا كلامه أقول فيه أيضا نظر أما أولا فلان كون ذلك مذكورا في سياق قوله وان لم يكمل أهل المحلة خمسين كررت الايمان ممنوع بل ذلك مسئلة مبتدأة مقصودة بالبيان على الاستقلال اذ لو كان معناه لا يكمل أهل المحلة خمسين من الصبي والمجنون والمرأة والعبد لانفي صلاحيتهم للقسامة مطلقا أي سواء كانوا منضمين الى الغير لتكميل الخمسين أو كانوا منفردين وحدهم لزم أن يكون بيان حال الصبي والمجنون والعبد في أمر القسامة عند كونهم منفردين غير منضمين الى الغير متروكا بالكلية في هذا الكتاب وكثير من الكتب المعتبرة اذ الفرض أن عدم الصلاحية للقسامة حال الانضمام الى الغير لتكميل الخمسين لا يستلزم عدم الصلاحية لها حال الانفراد اذ هو حاصل الجواب الذي ذكره لدفع التناقض بين المقامين في حق المرأة كما ترى وأما ثانيا فلان ما ذكره من أن القسامة اذا وجبت على الجماعة تعلل بالنصرة واذا وجبت على الواحد تعلل بتهمة القتل من عنده يأته لا يساعده العقل ولا النقل أما عدم مساعدة العقل فلان كل واحد من ترك النصرة واحتمال القتل متحقق في كل واحدة من صورتي وجوب القسامة على الجماعة ووجوبها على الواحد فتعليل احداهما بالاول والاخرى بالثاني دون العكس أو الجمع تحكم بحت وأما عدم مساعدة النقل فلانهم كانوا يعللون وجوب القسامة والدية مطلقا بكل واحدة من العلتين المذكورتين كما لا يخفى على من راجع المعتبرات وقد مرت الاشارة الى ذلك في مواضع من نفس الكتاب فتذكر (قوله والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة) قال بعض الفضلاء هذا مخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب انتهى أقول يأبى هذا الجواب قول المصنف هناك فلا عاقلة بعد قوله انهم لا يتعاقلون فيما بينهم لان النكرة المنفية تفيد العموم على ما عرف فالاولى في الجواب أن يقال المراد هناك نفي الوقوع أي لم يقع التعاقل فيما بينهم والمراد هنا بيان الجواز أي لو وقع التعاقل فيما بينهم جاز ولا يضر اختلاف مللهم تبصر (قوله ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي على عاقلته من أهل البصرة) أقول لقائل أن يقول قد مر في أوائل كتاب المعاقل أن العاقلة انما خصوا بالضم الى القاتل في أداء الدية لان القاتل انما قصر لقوة فيه وتلك القوة بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به ولا ريب أن مقتضى ذلك أن يكون القضاء بالدية في هذه المسئلة على عاقلة القاتل من أهل الكوفة كما ذهب اليه زفر لان الجناية انما صدرت عنه حال كون عاقلته أهل الكوفة فالقوة فيه وقت صدورها عنه انما كانت بانصاره الذين هم أهل الكوفة والتقصير في مراقبته وقتئذ انما وقع منهم اذ لا شك أن عهدة المراقبة في ذلك الوقت كانت عليهم لا على أهل البصرة فكان ينبغي

وقوله (والكفار يتعاقلون فيما بينهم) ظاهر الالفاظ نذكرها وقوله (وعاقلته أهل الكوفة) الواو للحال وقوله (لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة) يعني وان كان بعد القضاء

قال المصنف (والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم) أقول يخالف لما سبق في أول باب جناية المملوك أن أهل الذمة لا يتعاقلون فيما بينهم وجوابه أن ذلك مبني على الغالب (قال المصنف فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء) أقول فيه أن تحمل العاقلة لتقصيرهم في تركهم مراقبته على ما مر غير مرة وهذا التقصير انما وقع من أهل الكوفة فينبغي أن تجب عليهم

بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب لان فى النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى بالدية على أهل البصرة ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم ينتقل عنهم وكذا البدوى اذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى بالدية عليهم فى أموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الامام فى العطاء حيث تصير الدية فى أعطياتهم وان كان قضى بها أول مرة فى أموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضى بها فى أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير أن الدية تقضى من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا تحول الى الدراهم أبدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء لانه أيسر قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان النصرة بهم يؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) لانه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعى وقد مر فى كتاب الولاء

أن يقضى بالدية عليهم لا على أهل البصرة ويمكن الجواب بان ما ذكر هناك حكمة أن خصت العاقلة بالضم الى القاتل فى تحمل الدية لاعانته وقد تقرر عندهم أن الحكمة تراعى فى الجنس لا فى كل فرد كما فى الاستبراء فى البكر فلا يقدح عدم تمشية ما ذكر هناك فى مسئلتنا هذه فان ملاك الامر فى تمام جواب المسئلة هو الدليل وقد ذكره المصنف بقوله ولنا أن المال انما يجب عند القضاء الخ ولا محالة أنه يقتضى أن يقضى بالدية على أهل البصرة لا على أهل الكوفة لان وجوب الدية لما كان عند القضاء لا قبله وكان ديوان القاتل متحولا الى البصرة قبل القضاء لم يبق مجال أن يقضى بالدية على أهل البصرة فانهم لم يكونوا عاقلة القاتل وقت القضاء ولم تجب عليهم الدية حال كونهم عاقلته لعدم سبق وجوبها القضاء فلا بد أن يقضى بها على من هو عاقلته وقت الوجوب تحقيقا للتخفيف عن القاتل المعذور كما تقرر فيما مر (قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب الخ) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية فى شرح هذا المقام قوله بخلاف ما اذا قلت العاقلة متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضى قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان فى النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير حكم الاول لا ابطاله انتهى أقول مقدمتهم القائلة مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل مع كونها مستدركة فى بيان معنى المقام غير صحيحة فى نفسها اذ ليس فيما اذا قلت العاقلة بعد القضاء نقل الدية من أحد الى أحد قط بل انما فيه تكثير المتحملين لما قضى به عليهم ولا شك أن التكثير يغاير النقل بل ينافيه وعن هذا قال المصنف فى الفرق بين الصورتين ان فى النقل ابطال حكم الاول وفى الضم تقرير حكم الاول لا ابطاله ولو كانت المقدمة الكاذبة معتبرة فى معنى المقام لقال المصنف فى الفرق بين الصورتين المذكورتين ان أمر النقل فى صورة القلة كذا وفى صورة التحول بعد القضاء كذا تأمل تقف

وقوله (بخلاف ما اذا قلت العاقلة) متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء ومعناه لا يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة اذا كان القاضى قضى بديته على عاقلته من أهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بموت بعضهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب وان كان بعد القضاء مع أن فيه أيضا نقل الدية من الموجودين وقت القضاء الى أقرب القبائل وقد ذكر الفرق بينهما بقوله لان فى النقل ابطال حكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين لما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وقوله (لكن يقضى ذلك) أى الابل من مال العطاء بان يشترى الابل من مال العطاء قال (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) كلامه واضح

(قال المصنف ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته) أقول لا بد على قول من يقول لا يدخل الآباء والابناء فى العاقلة لانهم لا يكثرون من الفرق بين المولى وبينهم ولعل التزامه لاداء الدية فى العقد هو الفارق ولاجل ذلك لم يعقل فى المعتق مولاه وقبيلته اذ لا التزام بالعقد فيه تأمل

وقوله (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية) لان القصاص لا يجب فى عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال قيل هذا اذا كانت الجناية فيما دون النفس فأما بدل النفس فتتحمله العاقلة وان كان أقل من نصف العشر ألا ترى أن القبيلة اذا كانت مائة كانت الدية على عاقلتهم وان كان نصيب كل واحد منهم مائة درهم لانها بدل النفس وكذلك من قتل عبدا قيمته مائة وخمسون درهما فانه تتحمله العاقلة لان تحمل بدل النفس ثابت بالنص والتحمل فيما دون النفس ثابت بعلة النص فلا يعتبر للتحمل فيما دون النفس مقدار لم يوجد فى التحمل لا النص ولا علته فيجب فى ماله وقوله (ولا عبدا) قال أبو عبيد اختلفوا فى تأويل قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لى محمد بن الحسن رحمه الله انما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شئ من جناية عبده انما جنايته فى رقبته أن يدفعه الى المجنى عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبى حنيفة وقال ابن أبى ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه بقتله حر أو يجرحه يقول فليس على عاقلة الجانى شئ انما عليه فى ماله خاصة قال أبو عبيد فذاكرت الاصمعى فى ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبى ليلى لجريه على كلام العرب ولا يرى قول أبى حنيفة جائزا يذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الاصمعى ان فى كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الاصمعى كلمت أبا يوسف القاضى فى ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بأن عقلته يستعمل فى معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وعلى هذا فقوله بعد هذا

قال (ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا) والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف فى القليل وانما هو فى الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال (وما نقص من ذلك يكون فى مال الجانى) والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعى أو التسوية فى أن لا يجب على العاقلة شئ الا أنا تركناه بما روينا وبما روى أنه عليه السلام أوجب أرش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر فى الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان فى مال الجانى أخذا بالقياس

(قوله قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف عشر الدية فصاعدا) قال فى النهاية والدليل على أنها لا تتحمل ما دون نصف العشر أن القصاص لا يجب فى عمده ولا يتقدر أرشه فصار كضمان الاموال كذا فى شرح الاقطع انتهى واقتفى أثره صاحب العناية أقول يرد عليه أن لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل ثلث عشر الدية كما مر فى كتاب الديات حيث قال وفى كل اصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية ثم قال وفى كل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففى أحدها ثلث دية الاصبع فكان لكل مفصل من اصبع فيها ثلاثة مفاصل أرش مقدر هو أقل من نصف عشر الدية ويجب القصاص فى عمده لا محالة لامكان رعاية المماثلة التى هى مبنى القصاص كما تقرر فى باب القصاص فيما دون النفس من كتاب الجنايات فانتقض به كل واحد من قوله ان القصاص لا يجب فى عمده ومن قوله ولا يتقدر أرشه كما ترى ثم قد تدارك صاحب الغاية اصلاح المقدمة الثانية أعنى قوله ولا يتقدر أرشه حيث قال ويدل عليه من جهة النظر أن ما دون الموضحة ليس له أرش مقدر فى نفسه فأشبه ضمان الاموال ثم قال فان قيل أرش الانملة مقدر وهو ثلث دية الاصبع فينبغى أن تتحمله العاقلة قيل له ليس أرشها مقدرا بنفسها بل هو مقدر بغيرها وهو الاصبع ونحن انما شبهنا ما دون الموضحة بالاموال من حيث انه لم يكن له أرش مقدر بنفسه انتهى لكن بقيت المقدمة الاولى وهى قوله ان القصاص لا يجب فى عمده مجروحة تدبر (قوله والاصل فيه حديث ابن عباس رضى الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة) قال أبو عبيد اختلفوا فى تأويل قوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا

(قوله وقوله ولا عبدا قال أبو عبيد اختلفوا فى تأويل قوله عليه الصلاة والسلام لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا فقال لى محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرا الخ) أقول قال الاتقانى واحتج محمد فى ذلك بشئ رواه عن ابن عباس قال محمد حدثنى عبد الرحمن بن أبى زياد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك قال محمد أفلا ترى أنه قد جعل الجناية جناية المملوك (قوله وأجيب بأن عقلته يستعمل الخ) أقول فيه بحث اذ يجوز أن يكون المعنى لا تعقل العاقلة من قتل عمدا ولا من صولح عن دمه ولا من اعترف بقتله فان الخصم يذهب الى أن المعنى ذلك

(ولا تعقل العاقلة جناية العبد) اضافة المصدر الى فاعله وأما اذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على العاقلة وقوله (والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم) الا أن في الاقرار تجب الدية في ثلاث سنين وفي الصلح عن العمد يجب المال حالا الا اذا شرط الاجل في الصلح فيكون مؤجلا وقوله (ففي الثابت بالاقرار أولى) يريد أن الثابت بالبينة أولى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى وقوله (وتصادقهما حجة في حقهما) لان

أحد المتصادقين ولي القتيل ومن زعمه أن الدية انما وجبت لا على المقر فاقراره حجة على نفسه وقوله (بخلاف الاول) أراد به قوله والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار في مال المقر وانما وجبت الدية هنالك في مال المقر لان هنا لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة فيجب في مال المقر ضرورة فان قيل لما كان أصل الوجوب عليه وقد تحول بزعمه الى عاقلته بقضاء القاضي فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة المحيل أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا الدفع التوى عن مال المسلم وهذا ليس كذلك فانه صلة شرعت صيانة لدم المقتول عن الهدر فبعد ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول اليه بحال سواء استوفى من العاقلة أو لم يستوف

(قوله وفي القتل معاينة الدية) أقول ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى ولعل الأولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبينة تلزم الدية العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار أولى أن يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل (قوله فيفهم من هذا أنه يلزم موجب الاقرار الخ) أقول الفهم منه بعيد ولعل المراد به قوله ومن أقر بقتل خطأ الى قوله قضى عليه بالدية في ماله (قوله أجيب بان هذا يستقيم فيما اذا كان أصله دينا الدفع التوى الخ) أقول قوله لدفع متعلق بقوله يستقيم

قال (ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح أو باعتراف الجاني) لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال (الا أن يصدقوه) لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على أنفسهم (ومن أقر بقتل خطأ ولم يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى) لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار أولى (ولو تصادق القاتل وولي الجناية على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة) لان تصادقهما ليس بحجة عليهم (ولم يكن عليه شيء في ماله) لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول (الا أن يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته) لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم قال (واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته قيمته) لانه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قولي الشافعي تجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت

ولا عبدا فقال محمد بن الحسن انما معناه أن يقتل العبد حرا فليس على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته أن يدفعه الى المجني عليه أو يفديه ثم قال وهذا قول أبي حنيفة وقال ابن أبي ليلى انما معناه أن يكون العبد مجنيا عليه بقتله حر أو يجرحه فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله خاصة قال أبو عبيد فذاكرت الأصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه قول ابن أبي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول أبي حنيفة جائزا ذهب الى أنه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولا تعقل عبدا ومعنى قول الأصمعي ان في كلام العرب يقال عقلت القتيل اذا أعطيت ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فأعطيتها عنه قال الأصمعي كلمت أبا يوسف القاضي في ذلك بحضرة الرشيد فلم يفرق بين عقلته وعقلت عنه حتى فهمته وأجيب بان عقلته يستعمل في معنى عقلت عنه وسياق الحديث وهو قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله صلى الله عليه وسلم ولا صلحا ولا اعترافا يدلان على ذلك لان معناه عن عمد وعن صلح وعن اعتراف كذا في العناية أقول الجواب محل الكلام اذ للخصم أن يمنع كون معناه ما ذكر ويقول بل معناه لا تعقل العاقلة من قتل عمدا بصيغة المجهول ومن صولح عن دمه ومن اعترف بقتله على صيغة المجهول أيضا فيؤول المعنى في الكل الى معنى عقلت القتيل لا الى معنى عقلت عن فلان فلا يتم الجواب الزاما (قوله لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار أولى) قال صاحب العناية يريد أن الثابت بالبينة أقوى منه بالاقرار لان الثابت بها كالثابت معاينة وفي القتل معاينة الدية انما تجب بقضاء القاضي فهذا أولى انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال ليس كلام المصنف في الدية بل في التأجيل كما لا يخفى وقال ولعل الاولى أن يقال اذا ثبت القتل الخطأ بالبينة يلزم الدية على العاقلة ومع هذا يؤجل الى ثلاث سنين تحقيقا للتخفيف ففي الثابت بالاقرار أولى يؤجل للتخفيف لان الوجوب حينئذ على المقر وحده دون العاقلة فليتأمل انتهى أقول ليس ما قاله بسديد اذ ليس

ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي أحد قوليه العاقلة تحمله كما في الحر وقدمر من قبل قال أصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه أن الاصل أن تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما مر واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل (وابن الملاعنة تعقله عاقلة أمه) لان نسبه ثابت منها دون الاب (فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب) لانه تبين أن الدية واجبة عليهم لان

وقوله (وقدمر من قبل) أي في أول فصل بعد باب جناية المملوك وقوله (قال أصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال) يعني اذا كان القاتل مسلما بدليل قوله لان جماعة المسلمين هم أهل النصرة والنصرة بالولاية وهي منقطعة بيننا وبينهم والباقي ظاهر

كلام المصنف هنا أصالة في الدية ولا في التأجيل نفسه لان وجوب الدية بطريق التأجيل في القتل الخطا اذ قد علم في كتاب الجنايات وفي كتاب الديات وفيما مر غير مرة في كتاب المعاقل وانما الكلام ههنا أصالة في كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار ولهذا اقصر المصنف البيان عليه في تعليل هذه المسئلة وماذكره ذلك البعض بقوله ولعل الاولى أن يقال الخ انما يفيد كون الدية مؤجلة الى ثلاث سنين في هذه المسئلة لا كون التأجيل فيها من وقت القضاء دون وقت الاقرار والمقصود بالبيان هنا هو الثاني دون الاول وأما ماذكره صاحب العناية فيفيد الثاني لانه قال وفي القتل معاينة انما تجب الدية بقضاء القاضي فهذا أولى وهذا يثبت كون التأجيل من وقت القضاء دون وقت الاقرار لان وجوب الدية اذا كان بقضاء القاضي فلا جرم لا يتحقق وجوبها قبل قضاء القاضي وتأجيل الدية فرع وجوبها بالاحالة انما يتصور التأجيل من وقت القضاء لا قبله وعن هذا قال في المبسوط كما نقل عنه في النهاية والتأجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الاقرار لان الثابت بالاقرار بالقتل لا يكون أقوى من الثابت بالمعاينة وفي القتل المعاين الدية انما تجب بقضاء القاضي فهنا أولى انتهى (قوله ومادون النفس من العبد لا تحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان مراد المصنف بقوله على ما عرف ماذكره في باب القصاص فيما دون النفس في تعليل أن لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين عندنا بقوله ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة كما صرح به صاحب الغاية حيث قال هنا لنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا يجري القصاص في العمد بين طرف الحر والعبد فلا تحمله العاقلة كطرف البهيمة وقدمر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف انتهى ينتقض حينئذ ماذكر في تعليل مسئلتنا هذه بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية فان الدليل المذكور هنا يجري هناك أيضا مع تخلف الحكم عنه وان كان مراده به ماذكر في فصل بعد باب جناية المملوك من أن المعتبر فيما دون النفس من العبد هي المالية دون الآدمية بخلاف النفس من العبد فان المعتبر في اتلافها هي الآدمية دون المالية عندنا جاز أن لا ينتقض ماذكره هنا بتحمل العاقلة مادون النفس من الحر الى مادون نصف عشر الدية اذ لم يصرح أحد بسقوط اعتبار الآدمية في أطراف الحر بالكلية الا أنه لا يتم الدليل المذكور هنا حينئذ على أصل أبي حنيفة فانه يعتبر المالية والآدمية معا في أطراف العبد وانما يتم هذا على أصل أبي يوسف ومحمد فانهما لا يعتبران الآدمية فيها بالكلية وقدمر ذلك كله في الفصل المزبور في بيان مسئلة من فقأ عيني عبد انسان والمسئلة التي نحن فيها متفق عليها بين أئمتنا فلا معنى لان يبني دليلها على أصل بعض منهم دون بعض وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاضطراب كما ترى (قوله وفي أحد قوليه تحمله كما في الحر وقدمر من قبل) قال صاحب الغاية أي

وقوله (ثم أديت الكتابة) أى فانه حينئذ يرجع قوم الام على الاب وقوله (والاصل الذى يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها القاضى أو لم يقض) كالمولود بين عبد وحرة اذا جنى ثم أعتق العبد لا تتحول الجناية عن عاقلة الام لان ههنا تبدل حاله بان انتقل ولاؤه عن موالى الام الى موالى الاب وكالغلام اذا حفر بئرا قبل أن يعتق أبوه ثم سقط فى البئر رجل بعدما أعتق أبوه فان القاضى يقضى بالدية على عاقلة الام ولا يجعل على عاقلة الاب من ذلك شيأ لان الحادث بعد الحفر ولاء العتاقة فيعتبر بالملك الحفر لو وجد فى ملك ثم حدث فيه ملك آخر للغير قبل الوقوع فان الجناية لا تتحول الى الملك الحادث بل تبقى فى الملك الذى وجد فيه الحفر فان العبد اذا حفر بئرا فى طريق المسلمين بغير اذن مولاه فقبل أن يقع فيه انسان باعه ثم وقع فى ملك المشترى انسان فمات فالضمان على البائع لا على المشترى لان ملك المشترى حادث بعد الحفر فكذا الولاء الحادث بعد الحفر يعتبر به فلا تتحول الجناية وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الأخرى وقع القضاء بها أو لم يقع وقد ذكر صورته فى الكتاب وكما اذا مات المكاتب عن ولد حر ووفاء فلم يؤدوا مكاتبته حتى جنى ابنه وهو من امرأة حرة مولاة لبنى تميم والمكاتب لرجل من همدان فعقل عنه جنايته قوم أمه ثم أديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما أدوا على عاقلة الاب لان عتق المكاتب عند أداء البدل يستند الى حال حياته فتبين أنه كان للولد ولاء من جانب الاب حين جنى وان موجب جنايته على موالى أبيه فلذلك يرجعون على موالى الاب ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء كما ذكر فى الكتاب فى صورة تحويل الديوان من الكوفة الى البصرة من قبل وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم و بعد أخذ البعض منهم ضم اليهم أقرب القبائل نسبا وقد تقدم وقوله (الا فيما سبق أداوه) استثناء من قوله اشتركوا يعنى لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من الذين أدوا قبل ضم أقرب القبائل اليهم

عند الاكذاب ظهر أن النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون فى ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة لانه عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين أن قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبى الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفى مال الآمر ان كان ثبت باقراره فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها القاضى على الآمر أو على عاقلته لان الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضى الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذى يخرج عليه أن يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب أمر حادث لم تنتقل جنايته عن الاول قضى بها أو لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع ولو لم يختلف حال الجانى ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار فى ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضى بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا فى حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والاضداد

فى أول فصل بعد باب جناية المملوك واقتفى أثره فى هذا التفسير صاحب العناية والشارح العينى ولم يتعرض لتفسير ذلك أصلا سائر الشراح أقول لو كان مراد المصنف بقوله وقد مر من قبل ما فسره به هؤلاء الشراح الثلاثة كانت حوالته هنا غير رائجة قطعا اذ لم يذكر فى ذلك الفصل تحمل العاقلة ما دون النفس ولا تحملها دية النفس لا عند الشافعى ولا عندنا كما لا يخفى على من تتبع مسائل ذلك الفصل برمتها

﴿كتاب الوصايا﴾

قال الشراح ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر أحوال الآدمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت أقول يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورد فى آخر هذا الكتاب وانما المورد فى آخره كتاب الخنثى كما ترى نعم ان كثيرا من أصحاب التصانيف أوردوه فى آخر كتبهم لكن الكلام فى شرح هذا الكتاب ويمكن الجواب من قبل الشراح بحمل الآخر فى قولهم فى آخر الكتاب على الاضافى فان آخره الحقيقى وان كان كتاب الخنثى الا أن كتاب الوصايا أيضا آخره بالاضافة الى ما قبله حيث كان فى قرب آخره الحقيقى وعن هذا ترى القوم يقولون وقع هذا فى أوائل كذا وأواخره فان صيغة الجمع لا تتمشى فى الاول الحقيقى والآخر الحقيقى وانما المخلص من ذلك تعميم الاول والآخر للحقيقى والاضافى ويمكن أن يقال أيضا لما كان ما ذكر فى كتاب الخنثى نادرا من حيث الوقوع ومن حيث المسائل أيضا جعلوه فى حكم العدم واعتبروا كتاب الوصايا آخر الكتاب ثم ان الوصية فى اللغة اسم بمعنى المصدر الذى

هو التوصية ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية يوصون بها وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان أو في المنافع كذا في عامة الشروح قال بعض المتأخرين ثم الوصية والتوصية وكذا الايصاء في اللغة طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته وفي الشريعة تمليك مضاف الى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة هذا هو التعريف المذكور في عامة الكتب والوصية بهذا المعنى هي المحكوم عليها بانها مستحبة غير واجبة وان القياس يأبى جوازها فعلى هذا يكون بعض المسائل مثل مسئلة الوصية بحقوق الله تعالى وحقوق العباد والمسائل المتعلقة بالوصي مذكورة في كتاب الوصايا بطريق التطفل لكن التحقيق أن هذه الالفاظ كما أنها موضوعة في الشرع للمعنى المذكور موضوعة فيه أيضا لطلب شيء من غيره ليفعله بعد مماته فقط نقل هذا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده لكن يشترط استعمال لفظ الايصاء باللام في المعنى الاول وبالى في المعنى الثاني فحينئذ يكون ذكر المسائل المذكورة على أنها من فروع المعنى الثاني لا على سبيل التطفل الى هنا لفظه أقول ما عده تحقيقا ليس بشيء أما أولا فلان التي تكون من فروع المعنى الثاني من المسائل المذكورة انما هي المسائل المتعلقة بالوصي دون مسائل الوصية المتعلقة بحقوق الله تعالى وحقوق العباد فان استعمال لفظ الايصاء فيها باللام لا بالى يقال أوصى لحقوق الله تعالى أو لحقوق العباد ولا يقال أوصى اليها كما لا يخفى فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل من المسائل التي ذكرها من قبل اذ لم يشملها شيء من المعنيين المذكورين قط وأما ثانيا فلأن مسائل التبرعات الواقعة من الانسان في مرض موته بطريق التنجيز مذكورة أيضا في كتاب الوصايا ومنها باب العتق في المرض كما سيجيء في الكتاب ولا ريب في عدم شمول شيء من المعنيين المذكورين شيأ من تلك المسائل فبقي أمر التطفل في حق تلك المسائل كلها بالنظر الى ذينك المعنيين معا فمن أين كان ارتكاب جمعهما في لفظ واحد بتأويل بعيد مع عدم عموم المشترك عندنا حقيقيا بان يعد تحقيقا كما زعمه ذلك القائل ثم أقول الوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق المسائل التي ذكرها ذلك القائل حمل معنى الوصية شريعة على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما بيان معنى الوصية فالوصية اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته ويقرب منه ما ذكره صاحب الوقاية حيث قال هي ايجاب بعد الموت فانهما يشملان تلك المسائل جملة كما لا يخفى على المتأمل والوجه في التفصي عن أمر التطفل في حق مسائل كتاب الوصايا كلها من المعلقات والمنجزات حمل معنى الوصية شريعة على ما نقله صاحب النهاية عن الايضاح حيث قال ذكر في الايضاح الوصية ما أوجبها الموصي في ماله بعد موته أو مرضه الذي مات فيه انتهى فانه يشمل جميع ما ذكر في كتاب الوصايا كما لا يخفى على ذي مسكة ثم ان سبب الوصية سبب سائر التبرعات وهو ارادة تحصيل ذكر الخير في الدنيا ووصول الدرجات العالية في العقبى وشرائطها كون الموصي أهلا للتبرع وأن لا يكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يكن مولودا حتى اذا أوصى للجنين اذا كان موجودا حيا عند الوصية يصح والا فلا وانما تعرف حياته في ذلك الوقت بان ولد قبل ستة أشهر حيا وكونه أجنبيا حتى ان الوصية للوارث لا تجوز الا باجازة الورثة وأن لا يكون قاتلا وكون الموصى به شيأ قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال أو معدوما وأن يكون بمقدار الثلث حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث كذا في النهاية وفي العناية أيضا بطريق الاجمال أقول فيه قصور بل خلل أما أولا فلانه جعل من شرائطها أن لا يكون الموصي مديونا دون التقييد بان يكون الدين مستغرقا للتركة والشرط عدم هذا الدين المقيد دون عدم الدين المطلق كما صرح به في البدائع وغيره وأما ثانيا فلانه جعل من شرائطها كون الموصى له حيا وقت الوصية والشرط كونه موجودا وقت الوصية لا كونه حيا فيه

ايراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة لان آخر أحوال الآدمى فى الدنيا الموت والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات لما أن الجناية قد تفضى الى الموت الذى وقته وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر ثم سمى الموصى به وصية وهى فى الشريعة تمليك مضاف الى مابعد الموت بطريق

التبرع وسببها سبب التبرعات وشرائطها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لايكون مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد وأجنبيا عن الميراث وأن لايكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصى شيأ قابلا للتمليك من الغير بعقد من العقود حال حياة الموصى سواء كان موجودا فى الحال أو معدوما وأن يكون بمقدار الثلث وركنها أن يقول أوصيت بكذا لفلان وما يجرى مجراه من الالفاظ المستعملة فيها وأما حكم الوصية ففى حق الموصى له أن يملك الموصى به ملكا جديدا كما فى الهبة وفى حق الموصى اقامة الموصى له فيما أوصى به مقام نفسه كالوارث وصفتها ماذكره

﴿ كتاب الوصايا * باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه ﴾

ألا يرى أنهم جعلوا الدليل عليه الولادة قبل ستة أشهر حيا وتلك انما تدل على وجود الجنين وقت الوصية لاعلى حياته فى ذلك الوقت كما لايخفى على العارف بأحوال الجنين فى الرحم وبأقل مدة الحمل وعن هذا كان المذكور فى عامة المعتبرات عند بيان هذا الشرط أن يكون الموصى له موجودا وقت الوصية بدون ذكر قيد الحياة أصلا وأما ثالثا فلانه جعل من شرائطها أن يكون الموصى به مقدار الثلث لازائدا عليه وهو ليس بسديد على اطلاقه فان الموصى اذا ترك ورثة فانما لاتصح وصيته بما زاد على الثلث ان لم تجزه الورثة وان أجازوه صحت وصيته به وأما اذا لم يترك وارثا فتصح وصيته بما زاد على الثلث حتى بجميع ماله عندنا كما تقرر فى موضعه فلا بد من التقييد مرتين مرة بأن يكون له وارث وأخرى بأن لايجيزه الوارث

﴿ باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه ﴾

قال بعض المتأخرين فى حل هذا التركيب أى مايجوز منه ومالايجوز ومايستحب منه ومالايستحب وقال ثم ظاهر الابدال يفيد أن المراد بيان صفة الوصية بيان مايجوز منه ومايستحب منه لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد به ماذكره بقوله الوصية غير واجبة وهى مستحبة فالاولى ايراده بالواو العاطفة انتهى أقول فيه خلل فاحش أما أولا فلانه سلك مسلك التقدير فى قول المصنف مايجوز من ذلك ومايستحب منه حيث قال أى مايجوز منه ومالايجوز ومايستحب منه ومالايستحب ولا يذهب عليك أن ذلك التقدير ان صح فى قوله مايجوز من ذلك لايصح فى قوله ومايستحب منه اذ ليس فى جنس الوصية مايخلو عن الجواز وعدمه لكونهما نقيضين لايرتفعان عن شئ فلم يبق من جنس الوصية شئ يغاير مايجوز منه ومالايجوز حتى يصلح ذلك لان يذكر بعدهما فان قيد كل واحد منهما بشئ يخرج منه مايستحب منه لايبقى من ذلك شئ يغاير مايجوز منه ومالايجوز ومايستحب منه حتى يندرج فيما لايستحب منه فيصح تقديره لايقال المراد بالجواز تساوى الطرفين وبعدم الجواز عدم صحة طرف الفعل أصلا لامجرد رفع التساوى حتى يكونا من قبيل النقيضين فيبقى الاستحباب والوجوب واسطة بينهما ويجوز أن يكون المراد بما لايستحب منه ماهو الواجب منه لانا نقول نفى الاستحباب يعم الجواز والوجوب وعدم صحة طرف الفعل أصلا فمن أين يدل مالايستحب منه على ماهو الواجب منه فقط حتى يجوز أن يراد به ذلك ولئن سلم جواز ارادة ذلك به يفسد معنى المقام اذ يلزم حينئذ أن يدرج فى عنوان الباب ماهو الواجب من الوصية فيخالف ماذكره فى أول الباب من أن الوصية غير واجبة وهى مستحبة وبالجملة لم يوجد لما ارتكبه محمل صحيح قط فالصواب أن لاتقدير فى شئ من كلام المصنف ههنا فان صفات الوصية الشرعية هى الجواز والاستحباب والرجوع عنها أى كونها مرجوعا عنها وهذه الصفات كلها حاصلة مما ذكره فى عنوان الباب صراحة فلا حاجة الى تقدير شئ أصلا حتى عدم الجواز فانه صفة للوصية الغير الشرعية وعنوان الباب انما كان فى صفة الوصية الشرعية نعم قد يذكر فى أثناء مسائل الباب مالايجوز من الوصايا لكن لاجل ازالة أن يتوهم كونه من الوصايا الجائزة الشرعية لالانه مقصود بالبيان بالذات كما هو الحال فى مسائل سائر

﴿ كتاب الوصايا
باب فى صفة الوصية مايجوز من ذلك ومايستحب منه وما يكون رجوعا عنه ﴾

(قوله وسببها سبب التبرعات) أقول وهو طلب زيادة الزلفى فى العقبى كما عرف فى الوقف (قوله وشرائطها كون الموصى أهلا للتبرع وأن لايكون مديونا) أقول أى دينا مستغرقا لتركته (قوله وأجنبيا عن الميراث) أقول أى وقت الموت (قوله وأن لايكون قاتلا) أقول قال فى البدائع وأن لايكون حربيا غير مستأمن فان كان لاتصح الوصية له من مسلم أو ذمى

قال (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضيف الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بأمله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو أنهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه

الكتب وأما ثانيا فلان قوله لكن الظاهر كما صرحوا به أن المراد ماذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ليس بسديد اذ لا نسلم أن الظاهر ذلك ولا نسلم أن أحدا سواه صرح به وانما الذي صرحوا به أن صفة الوصية في الشرع ماذكره المصنف بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة لا أن مراد المصنف بالصفة في قوله باب في صفة الوصية هو الذي ذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة ألا يرى أنهم انما ذكروا ما صرحوا به عند بيان متعلقات الوصية من سببها وشرائطها وركنها وحكمها وصفتها لا عند شرح قول المصنف باب في صفة الوصية الخ وكم بين المقامين وأما ثالثا فلان قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة لا يكاد يصح اذ لو أورده المصنف بالواو العاطفة على فرض أن يكون المراد بالصفة في قوله باب في صفة الوصية ماذكره بقوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة كما زعمه القائل لصار معنى الكلام باب في صفة الوصية أي فيما يستحب منها وفيما يجوز من ذلك وما يستحب منه فيصير قوله وما يستحب منه لغوا من الكلام لكونه تكرارا محضا فكأن هذا القائل نسي قول المصنف وما يستحب منه عند كتب قوله فالاولى ايراده بالواو العاطفة ولعمرى انه عجيب من مثله (قوله الوصية غير واجبة وهي مستحبة) أقول الحكم بالاستحباب على الوصية مطلقا لا يناسب ما مر آنفا في عنوان الباب من قوله ما يجوز من ذلك وما يستحب منه ولا ما سيأتي في الكتاب من أن الوصية بالثلث للاجنبي جائزة وبدون الثلث مستحبة ان كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم وان كانوا فقراء لا يستغنون بما يرثون فترك الوصية أولى فكان الظاهر أن يقال الوصية غير واجبة بل هي مستحبة أو جائزة اللهم الا أن يوجه قوله وهي مستحبة بأن المراد به أن غاية أمرها الاستحباب دون الوجوب لا أنها مستحبة على الاطلاق فكأنه قال انها لا تصل الى مرتبة الوجوب بل قصارى أمرها الاستحباب لكن يرد عليه النقض بالوصية لحقوق الله تعالى كالصلاة والزكاة والصوم والحج التي فرط فيها اذ الظاهر أنها واجبة كما صرح به الامام الزيلعي في التبيين قال في العناية أخذا من النهاية قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار القوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الاباحة قال وهي مستحبة انتهى أقول في قوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض نظر لان الفرض غير الواجب عندنا اذ الفرض ما ثبت بدليل قطعي والواجب ما ثبت بدليل ظني كما تقرر في علم الاصول فلا يلزم من كون الوصية غير واجبة كونها غير فرض فكيف يحصل الرد بقوله الوصية غير واجبة لقول من يقول انها فرض في حق الوالدين والاقربين بل الظاهر أن الرد لقول ذلك انما يحصل بقوله وهي مستحبة ثم ان في أسلوب تحريره سماجة ظاهرة اذ الظاهر من تأخير قوله لقوله تعالى كتب عليكم الخ عن مجموع القولين أن تكون الآية المذكورة دليلا عليهما بل المتبادر أن تكون دليلا على قربهما ولا يخفى أنها لا تصلح لان تكون دليلا على القول الثاني وصاحب النهاية وان شاركه في تأخير ذكر الدليل المذكور عن مجموع القولين المزبورين الا أنه ذكر دليلا آخر

بقوله (الوصية غير واجبة وهي مستحبة) فقوله غير واجبة رد لقول من يقول ان الوصية للوالدين والأقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض ولقول من يقول الوصية واجبة على كل أحد ممن له ثروة ويسار لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا فرض ولما لم يفهم الاستحباب من نفي الوجوب لجواز الاباحة قال وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو أضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أنا استحسناه لحاجة الناس اليها الى آخر ماذكر في الكتاب وقوله (ومثله في الاجارة بيناه) في أنها عقد يأبى القياس جوازها لكونها مضافة الى زمان في المستقبل وكان جوازه بالاستحسان لحاجة الناس اليه

(قوله اذا كانوا ممن لا يرثون) أقول بسبب الكفر أو الرق

وقوله (وقد تبقى المالكية بعد الموت) جواب عن وجه القياس وقوله (وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين الى آخر ماذكر) بيان لوجه الاستحسان وقد استدل أبو بكر الرازى رحمه الله على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام فى أصوله وقررناه فى التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بان هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان مافرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أى وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا وذكر فخر الاسلام وجها آخر وقد قررناه فى التقرير واستدلاله بالسنة ظاهر وقوله (وعليه) أى على جواز الوصية (اجماع الامة) وقوله (لما روينا) اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام بثلث أموالكم من غير تقييد باجازة وقوله (وسنبين ماهو الافضل فيه) أى فى فعل الوصية أو فى قدر الوصية

وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قول النبى عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها حيث شئتم أو قال حيث أحببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبى فى الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ماهو الافضل فيه ان شاء الله تعالى

بعده من السنة حيث قال وقال عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عند رأسه انتهى فجاز أن يجعل الدليل الاول دليلا على القول الاول والدليل الثانى على القول الثانى بطريق التوزيع على اللف والنشر المرتب وأما صاحب الغاية فقد قصر الذكر على دليل واحد فقصر ثم اعلم أن الجواب عن كل واحد من دليلى الخصمين مستقصى ومستوفى فى النهاية وغيرها فلا علينا أن لا نذكره ههنا (قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما فى قدر التجهيز والدين) قال صاحب العناية قوله وقد تبقى المالكية بعد الموت جواب عن وجه القياس واقتفى أثره الشارح العينى أقول فيه بحث اذ لا يصلح الجواب عن وجه القياس المذكور بمجرد بقاء المالكية بعد الموت فانه قال فى وجه القياس ولو أضيف الى حال قيامها بأن قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى فاللازم من بقاء المالكية بعد الموت انتفاء أولوية البطلان لا انتفاء نفس البطلان فلا يجدى نفعا اللهم الا أن يتمحل بأن يقال معنى كونه جوابا عن وجه القياس مجرد تضمنه قدح مقدمة مذكورة فيه وهى قوله لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته لا كونه جوابا قاطعا له عن عرقه والاوجه أن يكون هذا الكلام مجرد تتميم لوجه الاستحسان فانه لما كان فى تجويز تمليك مضاف الى حال زوال المالكية نوع استبعاد لكون التمليك فرع بقاء الملك تدارك دفعه بأن قال ان المالكية لا تزول عن الانسان بالكلية بعد الموت بل تبقى مالكيته بعده فى حق ما يحتاج اليه كما فى قدر التجهيز والدين ومنه الوصية بقدر الثلث (قوله وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين) قال صاحب العناية وقد استدل أبو بكر الرازى على نسخ قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بهذه الآية وقد ذكره الامام المحقق فخر الاسلام فى أصوله وقد قررناه فى التقرير بان الله تعالى رتب المواريث على وصية نكرة والوصية الاولى كانت معهودة فانها الوصية للوالدين فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها وبين بأن هذا المقدار بعد المقدار المفروض لان المحل محل بيان مافرض للوالدين وحيث رتبها على وصية منكرة دل على أن الوصية المفروضة لم تبق لازمة بل بعد أى وصية كانت نصيبهما ذلك المقدار وذلك يستلزم انتفاء وجوب الوصية المفروضة واذا انتسخ الوجوب انتسخ الجواز عندنا انتهى أقول يرد عليه أن هذا لا يدل على أن الوصية الاولى لم تبق لازمة فان المواريث وان لم ترتب فى هذه الآية على الوصية الاولى المعهودة لكنها رتبت على وصية مطلقة حيث قيل من بعد وصية يوصى بها فدخلت تلك الوصية الاولى أيضا تحت اطلاق هذه الوصية المنكرة فمن أين يلزم انتفاء دلالة ماذكره على عدم بقاء لزوم الوصية المفروضة ممنوعة وانما دلالته على أن تأخير الميراث ليس عن الوصية المفروضة فقط بل هو متأخر عنها وعن غيرها أيضا ان وجدت كيف ولو رتب الميراث على الوصية المفروضة لم يدل الكلام على تأخير الميراث عن الوصية بالتبرعات مع أنه مقصود وعليك بالتامل

(قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية) أقول لعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبه عليها (قوله بل بعد أى وصية كانت نصيبهما) أقول ولنا فيه بحث فان

قال (ولا تجوز بما زاد على الثلث) لقول النبي عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعدما نفى وصيته بالكل والنصف

وجوب الوصية الاولى حتى يلزم انتساخ الآية الاولى بهذه الاية وفائدة ترتيب المواريث على الوصية المطلقة دون الوصية الاولى المعهودة فقط افادة تأخر المواريث عن الوصية الشرعية أيضا كما هو المذهب في مقدار الثلث وعن هذا أورد القاضي البيضاوي في تفسير الآية الاولى على من قال كان هذا الحكم في بدء الاسلام فنسخ بآية المواريث بان قال فيه نظر لان آية المواريث لا تعارضه بل تؤكده من حيث انها تدل على تقديم الوصية مطلقا انتهى ثم ان بعض الفضلاء رد قول صاحب العناية لرتب هذه الوصية عليها في قوله فلو كانت تلك الوصية باقية مع الميراث لرتب هذه الوصية عليها حيث قال ولعل هنا سهوا والعبارة الصحيحة لرتبه عليها انتهى أقول انما الساهي نفسه لان مراد صاحب العناية بهذه الوصية في قوله لرتب هذه الوصية هو الميراث ومراده بالوصية هنا وصية الله تعالى لا وصية العباد كما في قوله تلك الوصية وانما عبر عن الميراث بالوصية تأسيا بكلام الله تعالى فانه تعالى قال في أول آية المواريث يوصيكم الله في أولادكم وقال المفسرون أي يأمركم ويعهد اليكم في شأن ميراثهم ثم قال تعالى في آخر تلك الآية وصية من الله فلم يكن في العبارة المذكورة سهو بل كان فيها لطافة وحسن (قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعدما نفى وصيته بالكل والنصف) قال بعض المتأخرين يعني أن هذا الحديث دل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث صراحة وقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل لكن لا بطريق الصراحة ولهذا استدل عليه بهذا دون ذلك انتهى أقول ليس هذا بسديد اذ لا يخفى عليك أن قوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ لا يدل على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث لا صراحة وهو ظاهر ولا دلالة لان مفهوم المخالفة غير معتبر عندنا كما عرف وانما يدل على جواز الوصية بالثلث فجواز الوصية بما زاد على الثلث وعدم جوازها مسكوت عنهما بالنظر الى ذلك الحديث فلا معنى لقوله وقوله عليه السلام ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم الخ وان دل عليه أيضا ولا وجه لتعليل ذلك بقوله لانه دل على جواز الوصية بالثلث على خلاف القياس فبقي ما فوقه على الاصل فان بقاء ما فوقه على أصل القياس ليس بمدلول ذلك الحديث أصلا وانما هو مقتضى القياس فلا مجال للاستدلال على عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بذلك الحديث وقال ذلك البعض الآن لقائل أن يقول نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث لا يدل صراحة على نفي جوازها بما بين النصف والثلث فالرجوع الى الاصل في هذا المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا انتهى أقول هذا أيضا ليس بتام لان نفي جواز الوصية بالكل والنصف واثبات جوازها بالثلث وان لم يدل على نفي جوازها بما بين النصف والثلث الا أن قوله عليه السلام والثلث كثير بعد اثبات جوازها بالثلث بقوله الثلث بالنصب على تقدير أعط الثلث أو أوص الثلث أو بالرفع على أنه مبتدأ محذوف الخبر أي الثلث كاف أو على انه فاعل بمحذوف الفعل أي يكفيك الثلث يدل على نفي الزيادة على الثلث فان المراد به أن الثلث كثير لا يجوز التجاوز عنه اذ لا فائدة في ذكر قوله والثلث كثير بعد قوله الثلث سوى نفي جواز التجاوز عن الثلث فيحمل عليه لا محالة وقد أشار اليه المصنف في تقريره حيث قال لقوله عليه السلام في حديث سعد رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعد نفي وصيته بالكل والنصف ولم يقل لحديث سعد فقول ذلك القائل فالرجوع الى الاصل في هذا

ولانه

(ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن أبي وقاص) وهو ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودني فقلت يا رسول الله أفأوصي بمالي كله قال لا قلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث كثير لا تدع أهلك يتكففون الناس وفي صحيح البخاري انك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس

(قول المصنف ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سعد الثلث والثلث كثير) أقول قال النووي يجوز رفع الثلث ونصبه فالرفع على انه فاعل أي يكفيك الثلث أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه والنصب على الاغراء أو على تقدير أعط الثلث

ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به الا أن الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره على مابيناه وأظهره في حق الورثة لان الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على مانبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال (الا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) لان الامتناع لحقهم وهم أسقطوه (ولا معتبر باجازتهم في حال حياته) لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم أن يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه

المقدار ضروري في الاستدلال بحديث سعد أيضا ممنوع (قوله ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فأوجب تعلق حقهم به) وأوضحه صاحب الكافي بان قال ولانه انعقد سبب زوال أملاكه عنه الى غيره لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى أقول في هذا التعليل قصور لانه انما يتمشى فيما اذا وقعت وصيته حال مرضه لا فيما اذا وقعت حال صحته اذ لا ينعقد سبب الزوال اليهم في حال الصحة لعدم استغنائه عن ماله في حال صحته فلا توجب وصيته في تلك الحالة تعلق حقهم به فالاولى في تعليل هذه المسئلة ماذكره صاحب البدائع حيث قال ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة على الثلث تتضمن ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسواء كانت وصيته في المرض أو في الصحة لان الوصية ايجاب مضاف الى زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام الى هنا لفظه تدبر (قوله الا أن يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار) استثناء من قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث قال بعض المتأخرين في شرح قوله ولا يجوز بما زاد على الثلث أراد لا تجوز في حق الفضل على الثلث بل في حق الثلث فقط لانه لا تجوز هذه الوصية أصلا وقال هنا فان قلت كيف يجوز اعمال اللفظ الواحد في بعض مدلوله دون بعض وبأي توجيه أمكن ذلك حتى جازت في الثلث وبطلت في الفضل ان ردوا قلت يجعله في حكم وصايا متعددة بان يجعل مثلا قوله أوصيت لفلان بثلثي مالي في قوة أوصيت له بثلثه وثلثه الآخر ويجعل قوله أوصيت له بعشرة آلاف درهم وقد كان ثلث ماله ثمانية آلاف بمنزلة أن يقال أوصيت له بثمانية آلاف وبألفين الى غير ذلك صيانة لكلام العاقل عن الالغاء ما أمكن وحذرا عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل بلفظ يجوز تصحيحه بضرب من التأويل فتدبر فان هذا مما يهم فهمه انتهى أقول حسب انه أتى بأمر مهم يتوقف عليه صحة معنى المقام ولم يدر أنه انما ارتكب شططا فان صحة بعض أجزاء شئ واحد وفساد بعض آخر منه ليس بمستبعد لا بحسب العقل ولا بحسب الفقه ألا يرى أنهم صرحوا بانه اذا جمع بين عبد ومدبر في بيع بصفقة واحدة أو جمع بين عبد ومكاتب أو أم ولد فيه صح البيع في العبد بحصته من الثمن وفسد فيما ضم اليه من المدبر أو المكاتب أو أم الولد بناء على أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى الآخر وكذا الحال فيما اذا جمع بين الاجنبية وأختها في النكاح والمحذور بحسب العقل انما يلزم أن لو كان محل الصحة والفساد واحدا وأما اذا كان متعددا بان كان محل الصحة بعضا من شئ ذي أجزاء ومحل الفساد بعضا آخر منه كما فيما نحن فيه فلا محذور فيه عقلا أصلا فلا وجه لجعل وصية واحدة في حكم وصايا متعددة بلا أمر داع اليه وصيانة كلام العاقل عن الالغاء مهما أمكن والحذر عن ابطال حق يمكن اثباته بعقد صدر عن عاقل مما لا يدعو اليه أصلا فيما نحن فيه لان الغاء الوصية فيما فضل عن الثلث اذا رد الورثة واثباتها في مقدار الثلث ضروري على مقتضى الشرع سواء جعلت وصية بما زاد على الثلث بكلام واحد في حكم وصايا متعددة أو أبقيت على حالها الظاهرة من

وقوله (وهذا لانه) ظاهر والضمير البارز في قوله لم يظهره وأظهره للاستغناء وقوله (تحرزا عما يتفق من الايثار) أي احترازا عما يوجد من تأذي البعض وقطيعة الرحم بسبب ايثار البعض على البعض (على مانبينه) يعني عند قوله بعد هذا ولا تجوز لوارثه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية روي بالحاء المهملة وسكون الياء وهو الظلم وروي الجنف بالجيم والنون المفتوحتين وهو الميل وقوله (الا أن تجيز الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز بما زاد على الثلث

(قال المصنف وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم) أقول فرق بين انعقاد السبب وتحققه كما يعلم من الكافي حيث قال لان المرض سبب الموت وبالموت يزول ملكه لاستغنائه عنه ولو تحقق السبب لزال من كل وجه فاذا انعقد ثبت ضرب حق انتهى وفي مباحث العلة من كتب الاصول ان المرض علة تشبه الاسباب

لان الساقط متلاش غاية الامر أنه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق

كلامه وبالجملة ماذهب اليه ذلك البعض هنا أمر وهمي لا أصل له كما ترى (قوله لان الساقط متلاش) قال الشراح قاطبة قول المصنف هذا تعليل لقوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلها والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة المورث انتهى أقول فيه اشكال أما أولا فلانه لا وجه لان يقال ان اجازتهم في حال حياة المورث ساقطة لان اجازتهم في ذلك الوقت غير معتبرة أصلا كما صرح به فيما قبل وبينه والسقوط انما يستعمل فيما له ثبوت واعتبار في الاصل لكن زال ذلك لداع ألا يرى أنه لا يقال سقط حق غير الوارث عن مال المورث بل يقال لم يتعلق به حقه أصلا وأما ثانيا فلانه يلزم الفصل بين المدعى ودليله على تقدير كون قوله المذكور تعليلا لما ذكروه بمسئلة أخرى مع دليلها وهي قوله بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه ولا يخفى ركاكته وبعده عن شأن المصنف والحق عندي أن قول المصنف هذا تعليل لقوله قبله فليس لهم أن يرجعوا عنه يعني أن اجازتهم بعد الموت اسقاط لحقهم بعد ثبوته والساقط متلاش لا يعود فلم يتيسر لهم الرجوع عنه فحينئذ ينتظم اللفظ والمعنى كما لا يخفى (قوله غاية الامر أنه يستند عند الاجازة) وفي بعض النسخ عند الاستغناء (لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى) هذا جواب عن شبهة ترد على هذا التقرير وهي أن حق الورثة وان ثبت عند الموت الا أنه يستند الى أول المرض فبالموت يظهر أن حقهم كان ثابتا قبل الموت فينبغي أن تصير اجازتهم في حال حياة المورث بمنزلة اجازتهم بعد موته بسبب الاستناد فأجاب بأن الاستناد انما يظهر في حق القائم كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة فانها تصح اذا كان المعقود عليه قائما وكثبوت الملك في المغصوب عند أداء الضمان وهذا أي ما نحن فيه من الاجازة في حال حياة المورث قد مضى وتلاشى لكونه لغوا وقتئذ فلم يكن قائما فلا يظهر في حقه الاستناد هذا خلاصة ما في عامة الشروح والى هذا التقرير أشار فخر الاسلام في مبسوطه كما فصل في النهاية وقال صاحب العناية في تقرير السؤال والجواب هنا فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد أجاب بقوله غاية الامر يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى أول العقد والغصب وهذا يعني ما نحن فيه من الاجازة قد مضى وتلاشى حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد انتهى أقول فيه خلل فانه قال في أول تقرير السؤال لا نسلم عدم مصادفة المحل واستند الى منع ذلك بقوله فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع من التصرف في الثلثين وقال في آخر تقرير الجواب تعليلا لقول المصنف وهذا قد مضى وتلاشى اذ لم يصادف محله وعدم مصادفته المحل هو الذي قد كان منع في أول السؤال فختم الجواب به مصادرة كما لا يخفى (قوله ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) قال بعض الفضلاء ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذ الحق يثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى انتهى أقول منشأ توهم المخالفة الغفول عن قيد مجرد في قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق فان المراد به الحق الذي لا يجامع الحقيقة وهو الحق الذي يمنع تصرف المورث في الثلثين قبل موته كما تقرر من قبل في تعليل عدم جواز الوصية بما زاد على الثلث بقوله ولانه حق الورثة

وقوله (لان الساقط متلاش) دليل قوله فكان لهم أن يردوه بعد وفاته وتقريره لان اجازتهم في ذلك الوقت كانت ساقطة لعدم مصادفتها محلا والساقط متلاش فاجازتهم متلاشية فكان لهم أن يردوا بعد الموت ما أجازوه في حال حياة الموصي فان قيل لا نسلم عدم مصادفة المحل فان حق الورثة ثبت في مال المورث من أول المرض حتى منع عن التصرف في الثلثين فلما مات ظهر أنها صادفت محلها فصارت كاجازتهم بعد موت المورث بسبب الاستناد أجاب بقوله (غاية الامر) يعني أن حقهم وان استند الى أول المرض لكن الاستناد يظهر في حق القائم يعني كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة وكثبوت الملك في الغصب عند أداء الضمان فان الملك يثبت فيهما مستندا الى أول العقد والغصب (وهذا) يعني ما نحن فيه من الاجازة (قد مضى وتلاشى) حين وقع اذ لم يصادف محله فلا يلحقها الاستناد وقوله (ولان الحقيقة) دليل آخر تقريره حقيقة الملك للوارث تثبت عند الموت لا قبله وانما يثبت قبله مجرد حق الملك

(قال المصنف ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق) أقول ظاهره مخالف لما سبق آنفا من قوله اذ الحق يثبت عند الموت الا أن المراد هنا ثبوته بطريق الاستناد بخلاف ما سبق كما لا يخفى

فلو

(فلو استند) ملكه الى أول المرض (من كل وجه لانقلب الحق حقيقة) وذلك باطل لوقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الوارث يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة واما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين اما أن نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم نعكس لكون العفو مطلوب الحصول وقوله (والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة) جواب عما يقال الاجازة اسقاط من الوارث لحقه رضاه فكان كسائر الاسقاطات وفيه لا رجوع فكذا فيها ووجهه انه قد عرف أن ثمة حقا وحقيقة وانما رضي ببطلان الحق لا ببطلان الحقيقة لان الرضا ببطلانها يستلزم وجودها ولا وجود لها قبل السبب وقوله (وكذا ان كانت الوصية للوارث) ظاهر

فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذا ان كانت الوصية للوارث وأجازه البقية فحكمه ما ذكرناه

الى آخره والمراد بالحق في قوله فيما سبق آنفا اذ الحق يثبت عند الموت هو الحق الجامع للحقيقة فلا مخالفة أصلا وأما الحق الثابت بطريق الاستناد فانما يتصور عند الموت لكون الاستناد فرع تحقق حقيقة الملك التي تثبت عند الموت فلا حاجة الى أن يحمل على ذلك قول المصنف وقبله يثبت مجرد الحق بل لا وجه له بالنظر الى ربط ما بعده به كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله فلو استند من كل وجه لانقلب حقيقة قبله) يعني لو استند ملك الورثة الى أول المرض من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل الموت وذلك باطل لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وهو مرض الموت قال صاحب العناية وانما قيد بقوله من كل وجه دفعا لوهم من يقول حق الورثة يتعلق بمال المورث من أول المرض حتى منع ذلك التعلق تصرف المورث في الثلثين فيجب أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا ووجه الدفع أنه لو ظهر أثر ذلك التعلق في ذلك أيضا لانقلب الحق حقيقة من كل وجه وهو لا يجوز لما مر انتهى أقول لمانع أن يمنع استلزام أن يظهر أثر ذلك التعلق في حق اسقاطهم بالاجازة أيضا انقلاب الحق حقيقة أصلا فضلا عن استلزامه انقلابه اياها من كل وجه لجواز أن يظهر أثر ذلك التعلق بمجرد تعلق حقهم بمال المورث من أول المرض في كلا الامرين معا بدون أن ينقلب الحق حقيقة أصلا اذ لا ريب أن لزوم ذلك الانقلاب ليس ببديهي ولم يقم عليه برهان ولهذا وقع على اعتبار اجازتهم قبل الموت أيضا اجتهاد مالك وابن أبي ليلى والزهري والاوزاعي وعطاء وغيرهم كما ذكروا ثم قال صاحب العناية فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه قبل موت أبيه فانه يصح ويلزم من ذلك أحد أمرين اما أن لا يلزم من الاستناد من كل وجه قلب الحق حقيقة وإما أن لا يكون هذا القلب مانعا أجيب بان هذا القلب مانع اذا لم يتحقق السبب والجرح سبب الموت وقد تحقق بخلاف الاجازة فان السبب لم يتحقق ثمة لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت فقبل الاتصال لو انقلب الحق حقيقة وقع الحكم قبل السبب وهو باطل فنحن بين أمرين اما أن نبطل العفو عن الجارح نظرا الى عدم الحقيقة واما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق وفي ذلك ابطال لاحدهما فقلنا لا تجوز الاجازة نظرا الى انتفاء الحقيقة وجاز العفو نظرا الى وجود الحق ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول انتهى أقول فيه خلل لان قوله فنحن بين أمرين الخ مفرعا على ما قبله ليس بسديد أما أولا فلان قوله وإما أن نجيز الاجازة نظرا الى وجود الحق مما لا مجال له بعد أن قرر فيما قبل ان ذلك يستلزم انقلاب الحق حقيقة وأن انقلاب الحق حقيقة مانع

(قال المصنف فلو استند من كل وجه) أقول لو حذف هذه الشرطية واكتفى بقوله والرضا ببطلان الحقيقة الخ كما في الكافي لكان له وجه (قال المصنف ينقلب حقيقة قبله) أقول في الملازمة كلام (قوله فلو استند الى أول المرض) أقول فيه بحث (قوله فان قيل الوارث اذا عفا عن جارح أبيه) أقول أي جارح خطأ (قوله واما أن لا يكون هذا القلب مانعا) أقول الاولى واما أن لا يصلح هذا العفو أو تبدل مانعا بقوله باطلا فتأمل فان لما في الكتاب وجها ظاهرا ثم قوله هذا القلب يعني لزوم القلب وقوله مانعا يعني عن صحة الاجازة (قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت) أقول وكذلك السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ (قوله وفي ذلك ابطال أحدهما) أقول يعني الحقيقة

وقوله (وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى) ذكره تفريعا على مسئلة القدورى وجه قول الشافعى رحمه الله أن بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث بغير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض ولنا أن الموصى

صدر منه السبب وكل من صدر منه السبب يثبت منه الملك وكل ذلك ظاهر فالموصى له يتملك من الموصى وقوله (والاجازة رفع المانع) جواب عن جعل الاجازة اخراجا عن الملك يعنى أن الاجازة ليست بسبب للخروج عن الملك وانما هو رفع للمانع وقوله (وليس من شرطه القبض) رد لكونها هبة فكأنه يقول لو كان هبة لكان القبض شرطا وهو ممنوع فصار ما نحن فيه كالمرتهن اذا أجاز بيع الرهن فى كون السبب صدر من الراهن والملك للمشترى يثبت من قبله فاجازة المرتهن رفع المانع وعورض بان الوارث ان أجاز الوصية فى مرض موته كان من ثلث ماله وذلك يدل على كونه مالكا فيكون التمليك من جهته وأجيب بان الوارث كان له حق أسقطه بالاجازة واسقاط الحقوق المالية معتبر من الثلث وان لم يكن تمليكا كالعتق والفائدة تظهر فيما اذا أجاز فى مشاع يحتمل القسمة فان الاجازة صحيحة وتصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم بعدها عندنا ولو كان التمليك من جهة الوارث انعكست هذه الاحكام لكون الاجازة حينئذ هبة ولانه قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا الخ) لا تجوز الوصية لمباشر القتل عامدا كان أو خاطئا لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية للقاتل

(وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى) عندنا وعند الشافعى من قبل الوارث والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصى والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض فصار كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن قال (ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا) لقوله عليه السلام لا وصية لقاتل

اذ لم يتحقق السبب لاستلزامه وقوع الحكم قبل السبب وان السبب لم يتحقق فى صورة الاجازة قبل الموت بناء على أن السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت وأما ثانيا فلان قوله ولم يعكس لكون العفو مطلوب الحصول غير تام لاقتضائه جواز العكس لولا كون العفو مطلوب الحصول مع أن ما قرره فيما قبل وما ذكر فى الكتاب يمنعان جواز ذلك أصلا وبالجملة لا مجال لربط قوله فنحن بين أمرين الخ بما ذكره نفسه فيما قبله بل بما ذكر فى الكتاب أيضا فالوجه ترك ذلك والاكتفاء فى الجواب عن النقض بصحة عفو الوارث عن جارح أبيه قبل موت أبيه بما ذكره قبله كما فعله صاحب النهاية ومعراج الدراية ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله لان السبب هو مرض الموت ومرض الموت هو المتصل بالموت بان قال وكذا السبب الجرح المتصل بالموت فلا فرق وقال ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ انتهى أقول ليس شئ من كلاميه بمستقيم أما نقضه بالجرح فلان الجرح فعل واحد صادر عن الجارح لا تكرر فيه الى أن يموت المجروح حتى يقال ان السبب هو الجرح المتصل بالموت بل انما السبب هو الجرح الواحد الصادر عن الجارح الا أنه يحتمل أن يكون قاتلا وغير قاتل وبالموت يظهر أنه قاتل بخلاف المرض فانه حالة انفعالية تتكرر وتتجدد الى الموت فالقاتل منها هى التى تتصل بالموت فهى السبب للموت فافترقا وأما قوله ولذلك قال فنحن بين أمرين الخ فلا ن فاء التفريع تنافى ذلك كما لا يخفى على من له دربة بأساليب الكلام (قوله وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا وعند الشافعى من قبل الوارث) قال صاحبا النهاية والعناية وجه قول الشافعى ان بنفس الموت صار قدر الثلثين من المال مملوكا للوارث لان الميراث يثبت للوارث من غير قبوله ولا يرتد برده فاجازته تكون اخراجا عن ملكه بغير عوض وذلك هبة لا تتم الا بالقبض انتهى وهكذا ذكر فى الكافى أيضا أقول قد قصروا فى تقرير وجه قول الشافعى فى مسئلتنا هذه حيث قيدوا المال الذى صار مملوكا للوارث بنفس الموت بقدر الثلثين فلزم أن لا يتمشى فيما اذا كان ما أجازه الوارث أقل من قدر الثلث أو كان قدر الثلث كما فى صورة اجازته الوصية لوارث أو قاتل بأقل من الثلث أو بالثلث فان الحكم فى تلك الصورة أيضا داخل فى كلية مسئلتنا هذه مع عدم جريان ما ذكروا من الدليل للشافعى فيها كما ترى فالاولى فى بيان وجه الشافعى هنا ما ذكر فى معراج الدراية من أن الشارع أبطل الوصية بما زاد على الثلث وللوارث وللقاتل والاجازة لا تعمل فى الباطل فتكون هبة مبتدأة لانها تمليك بلا عوض انتهى فانه يعم الكل ثم ان الصحيح فى هذه المسئلة قولنا لما ذكر فى الكتاب (قوله ولا تجوز للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل) أقول لقائل أن يقول ان هذا الحديث مما يعارضه اطلاق قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين وعموم قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها

(قوله وقوله وليس من شرطه القبض رد لكونها هبة) أقول كيف يكون ردا اذ الشافعى يقول بكون القبض من شرطه (قوله لانعكست هذه الاحكام) أقول كما عند الشافعى

(ولانه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية بحرم الميراث) ورد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه وا لمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم ولعل التفصي عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة أسهل (وقال الشافعي رحمه الله تجوز الوصية للقاتل) مطلقا لانه أجنبي منه فصحت له كما صحت لغيره (وعلى هذا الخلاف) بيننا وبينه (اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين) يعني فيما اذا كان القتل قبل الوصية أو بعدها (ما بيناه) يعني من الحديث فانه باطلاقه لا يفصل بين تقدم الجرح على الوصية وتأخره عنها ومن المعقول الذي ذكره واعترض عليه بأن ذلك صحيح اذا كان القتل بعد الوصية وأما اذا كان الجرح قبلها فلا استعجال ثمة وأجيب بجعل الجارح مستعجلا وان تقدم جرحه على الوصية لما ذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن المعتبر في كون الموصى له قاتلا أو غير قاتل لجواز الوصية وفسادها يوم الموت لا يوم الوصية فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن الوصية واعترض بنقض اجمالي بأن ما ذكرتم لو صح بجميع مقدماته لما عتق المدبر اذا قتل مولاه لان التدبير وصية وهي لا تصح للقاتل وأجيب بان عتقه من حيث ان موته جعل شرطا لعتقه وقد وجد ولكن يسعى المدبر في جميع قيمته لانه تعذر الرد من حيث الصورة لوجود شرط العتق الذي لا يقبل الرد فيرد من حيث المعنى بايجاب السعاية (ولو أجازت الورثه

الوصية للقاتل جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال الشافعي تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا أوصى لرجل ثم انه قتل الموصى تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه (ولو أجازتها الورثة جاز عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تجوز) لان جنايته باقية والامتناع لاجلها

حيث شئتم أو قال حيث أحببتم كما مر ثم ان هذا الحديث من قبيل أخبار الآحاد فلا يصلح أن يكون مقيد الاطلاق الكتاب قط على ما عرف في أصول الفقه وان صلح أن يكون مخصص العموم ذلك الحديث الآخر فانما يتصور ذلك عند ثبوت تأخر ورود هذا الحديث عن ورود ذلك الحديث وهو ليس بثابت قط فاذا لم يعلم التاريخ يحمل على المقارنة فيلزم أن يتعارضا ويتساقطا في حق الوصية للقاتل كما هو مقتضى قاعدة الاصول على ما عرف في محله فمن أين يتم الاستدلال بهذا الحديث على عدم جواز الوصية للقاتل قال في البدائع قال مالك تصح الوصية للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلائل لجواز الوصية في أول الكتاب من غير فصل بين القاتل وغيره ثم قال ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروى أنه قال ليس لقاتل شئ ذكر الشئ نكرة في محل النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية انتهى أقول ليت شعري من أين تبين أن القاتل مخصوص من عمومات جواز الوصية ومن شرط التخصيص أن يكون المخصص متأخرا عن العام في الورود وهو لم يثبت قط ولو ثبت تأخر هذا الحديث لم يصلح أن يكون مخصصا لكتاب الله تعالى لكونه خبر الواحد ومن الدلائل المذكورة في أول الكتاب لجواز الوصية من غير فصل بين القاتل وغيره كتاب الله تعالى كما عرفته فكيف يكون القاتل مخصوصا منه (قوله ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث) قال في العناية ورد بان حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الرق واختلاف الدين وأجيب بأن حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل أبيهم في تركته والموصى له يشاركه في هذا المعنى فجاز القياس عليه والمشابهة بين المقيس والمقيس عليه من كل وجه غير ملتزم انتهى أقول لا الرد شئ ولا الجواب أما الاول فلان التعليل المذكور في الكتاب لا يدل على قياس الحرمان من الوصية مطلقا على الحرمان من الميراث حتى يرد بأن حرمان الارث لا يستلزم بطلان الوصية كما في الصورتين المزبورتين بل انما يدل على قياس حرمان القاتل من الوصية على حرمانه من الميراث لعلة الاستعجال بفعل محظور وهو القتل ولا شك أن هذه العلة غير متحققة في صورتي الرق واختلاف الدين فلا يجرى هذا القياس فيهما وأما الثاني فلان كون حرمان القاتل عن الميراث بسبب مغايظة الورثة مقاسمة قاتل مورثهم في تركته ممنوع كيف ولو كان الامر كذلك لجاز أن يرث القاتل عند اجازة سائر الورثة اياه وتركهم المغايظة كما جازت الوصية له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا أجازها الورثة وليس كذلك كما صرحوا به وأيضا لو كان الامر كذلك لزم أن لا يحرم القاتل عن الميراث اذا لم يكن

(قال المصنف ولانه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية) أقول فيه تأمل فان هذا مذهب المعتزلة والاجل عندنا واحد والجواب أنا لا نقول العبد قطع عليه الاجل كما تقوله المعتزلة بل نقول كما قلنا في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام الصدقة تزيد في العمر (قوله مقاسمة قاتل أبيهم) أقول مثلا (قوله وسلوك طريق الدلالة أسهل) أقول نعم لو ثبت شرط الدلالة وذلك محل نظر (قوله فبالنظر الى وقت الموت كان القتل مؤخرا عن وقت الوصية) أقول فيه تأمل

ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال (ولا تجوز لوارثه) لقوله عليه السلام ان الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم

للمقتول وارث غير القاتل وليس كذلك قطعا والحق أن سبب حرمان القاتل عن الميراث صدور جناية عظيمة منه وهى القتل بغير حق فانه يستدعى العقوبة بأبلغ الوجوه وقد جعلها الشرع حرمانه عن الميراث والقاتل الموصى له يشاركه فى هذا المعنى فجاز قياس حرمانه عن الوصية على حرمانه عن الميراث واليه أشار المصنف بقوله ولانه استعجل ما أخره الله تعالى يعنى استعجله بارتكاب جناية عظيمة فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقد صرح به صاحب البدائع حيث قال ولان القتل بغير حق جناية عظيمة فيستدعى الزجر بأبلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح زاجرا كحرمان الميراث فيثبت انتهى ثم قال صاحب العناية ولعل التفصى عن عهدة كونه قياسا على طريقتنا عسر جدا وسلوك طريق الدلالة أسهل انتهى أقول فيه بحث لان من شرط طريق الدلالة أن يكون المعنى الذى كان الحكم لاجله فى المنطوق متحققا فى الملحق بالدلالة بطريق الاولوية أو بالتساوى وتحقق ذلك فيما نحن فيه بالطريق المذكور ممنوع على أصل أبى حنيفة ومحمد فان المعنى المقتضى لحرمان القاتل عن الميراث لا يتغير ولا يتكسر باجازة الورثة أصلا ولهذا لا يرث القاتل سواء أجازه الورثة أو لم تجزه بخلاف المعنى المقتضى لحرمانه عن الوصية فانه يتغير ويتكسر باجازة الورثة عند أبى حنيفة ومحمد ولهذا تصح الوصية له عندهما اذا أجازتها الورثة كما ستطلع عليه عن قريب فكان ذلك المعنى فى حق الميراث أقوى منه فى حق الوصية عندهما فلم يوجد شرط طريق الدلالة فى شأن الوصية على أصلهما ثم أقول ههنا احتمال آخر وهو أن لا يكون مراد المصنف بقوله كما يحرم الميراث القياس الفقهى ولا الالحاق بطريق الدلالة بل كان مراده به مجرد التنظير والتشبيه ويدل عليه أنه لو لم يذكر قوله كما يحرم الميراث لتم دليله العقلى بلا احتياج اليه فان استعجال القاتل ما أخره الله تعالى جرم عظيم يستدعى حرمانه عن الوصية مع قطع النظر عن استدعائه حرمانه عن الميراث وعلى هذا المعنى لا يتوهم الرد المذكور أصلا وتسقط الكلمات المتعلقة به بحذافيرها كما لا يخفى (قوله ولهما أن الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث) أقول أرى دليلهما هذا ضعيفا جدا فان قوله ان الامتناع لحق الورثة ليس بظاهر على الاطلاق اذ قد تقرر فيما مر أن الشرع لم يعتبر تعلق حقهم بقدر الثلث ولهذا جازت الوصية بهذا القدر للاجانب وان لم يجزها الورثة وفيما نحن فيه لم تجز الوصية بشئ للقاتل بدون اجازة الورثة فكيف يتصور أن يكون الامتناع فى قدر الثلث أيضا لحقهم ثم ان تعليل ذلك بقوله لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ليس بتام لان مجرد عود نفع بطلانها اليهم لو اقتضى كون الامتناع فى الوصية لحقهم لاقتضى كونه فى الارث أيضا لحقهم فلزم أن يجوز ارث القاتل أيضا باجازتهم عندهما ولم يقل به أحد قال فى العناية فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت فى الوصية دون الميراث أجيب بأن الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد انتهى أقول فيه نظر لان الكلام هنا ليس فى نفس الوصية والميراث حتى يتم الفرق بينهما بأن أحدهما من جهة العبد والآخر من جهة الشرع بل انما الكلام هنا فى أن حرمان القاتل عن الوصية كحرمانه عن الميراث أم لا ولا شك أنه لا فرق بين حرمانه عن الوصية وحرمانه عن الميراث فى كونهما من جهة الشرع نظرا الى دليلهما وفى كونهما من جهة العبد نظرا الى صدور سببهما وهو القتل عن العبد فما معنى أن تعمل الاجازة التى هى تصرف من العبد

ولهما أن الامتناع لحق الورثة) الى آخر ما ذكر فى الكتاب فان قيل ما الفرق بينها وبين الميراث اذا أجازت الورثة حيث صحت الوصية دون الميراث أجيب بان الاجازة تصرف من العبد فتعمل فيما كان من جهة العبد والوصية من جهة العبد فتعمل فيه بخلاف الميراث فانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه تصرف العبد وقوله (ولانهم لا يرضونها) أى الوصية (للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم) أى لاحد الورثة وفى الوصية لاحدهم ان أجازها البقية نفذت فكذا القاتل وقوله (ولا تجوز لوارثه) أى لوارث الموصى (لقوله عليه السلام ان الله أعطى كل ذى حق حقه ألا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض) الى آخر ما ذكر فى الكتاب

وقوله (بالحديث الذى رويناه) اشارة الى ماتقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية وقوله (يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الموت) ذكر فى فتاوى قاضيخان ولو أوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لانه يرثه مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لأب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللاخ لام لانهما يرثانه وقوله (واقرار المريض للوارث على عكسه) أي على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور أي يعتبر فى الاقرار للوارث وقت الاقرار لا وقت الموت ذكر فى النهاية أن اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على اطلاقه بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته ثبتت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار فى المعنى حصل للولى وهو أجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ماذكره وأرى أن اطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنافيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل

ولانه حيف بالحديث الذى رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى مابعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت (والهبة من المريض للوارث فى هذا نظير الوصية) لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف فى الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار

فى ارتفاع أحدهما دون الآخر وبعبارة أخرى ان الميراث وان كان من جهة الشرع بدون صنع العبد الا أن حرمان القاتل عنه كان من جهة العبد حيث باشر القتل فكان فعله هذا مانعا عن ميراثه من المقتول فلم لا تجوز أن تعمل الاجازة فى رفع هذا المانع الذى كان من جهته وبصنعه (قوله ولانه حيف بالحديث الذى رويناه) قال صاحب العناية قوله بالحديث الذى رويناه اشارة الى ماتقدم فى كتاب الهبة فيمن خصص بعض أولاده فى العطية انتهى أقول هذا خبط ظاهر من الشارح المزبور اذ لم يتقدم من المصنف فى كتاب الهبة ذكر حديث فى حق من خصص بعض أولاده فى العطية بل لم يتقدم منه ثمة ذكر تلك المسئلة قط فكيف تتصور الحوالة عليه بها ههنا والصواب أن مراد المصنف هنا بقوله بالحديث الذى رويناه هو الاشارة الى ماذكره فى هذا الكتاب فيما مضى عن قريب بقوله وقد جاء فى الحديث الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث انتهى (قوله واقرار المريض للوارث على عكسه) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية أى على عكس الوصية بتأويل الايصاء وقال صاحب العناية أى على عكس الوصية بتأويل الايصاء أو المذكور ورد عليه التأويل الثانى بعض الفضلاء بان قال الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ماذكر انتهى أقول رده ساقط لان الوصية انما تكون هى المذكورة بتاء التأنيث لا المذكور أن لو كان الالف واللام فى اسم المفعول حرف تعريف وقد تقرر فى علم الادب أن الالف واللام فى اسم الفاعل والمفعول عند غير المازنى من عامة أئمة العربية اسم موصول لا حرف تعريف وصلته اسم الفاعل أو المفعول فحينئذ يصير لفظ المذكور فى معنى ماذكر فيعود الضمير المستتر فى اسم الفاعل والمفعول الى الموصول الذى هو الالف واللام ولا يلزم الحاق تاء التأنيث بصلته لعدم علامة التأنيث فى لفظ ذلك الموصول فانه فى اللفظ مفرد مذكر صالح

(قوله بتأويل الايصاء أو المذكور) أقول الوصية هى المذكورة بالهاء لا المذكور فالاولى أو ماذكر (قوله ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فاعتق فمات الاب صح الاقرار) أقول قوله أقر لابنه العبد الذى ليس عليه دين قال فى الكافى فى فصل فى اعتبار حالة الوصية قبيل باب العتق فى المرض واذا أوصى المريض لابنه الكافر أو الرقيق أو وهب له وسلمه أو أقر له بدين فاسلم الابن أو عتق قبل موته بطل ذلك كله أما الوصية والهبة فلما مر أن المعتبر فيهما حال الموت وأما الاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة ملحقا بالوصايا وذلك كمن أقر لاخيه وله ابن فهلك الابن ثم هلك المقر والاخ المقر له وارثه أنه باطل لما قلنا انتهى ولا يخفى عليك مخالفته لماذكره صاحب النهاية فتأمله (قوله وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم) أقول فيه بحث فانه يقتضى أن لا تجوز الوصية للاخ ولا الاقرار له أصلا مع وجود الابن فليتأمل فان مراده فيكون وارثا عند الاقرار بالتبين وأما اذا لم يمت الابن تبين أنه ليس بوارث فيصح

قال (الا أن تجيزها الورثة) ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو أجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل فى حق الراد

للمثنى والمجموع والمؤنث أيضا ككلمة ما وكلمة من كما صرحوا به نعم يجوز الحاقها باعتبار المعنى المراد بذلك هنا وهو الوصية لكن الامر فى كلمة ما أيضا كذلك فلا فرق بين المذكور وما ذكر فى جواز تذكير الصلة نظرا الى لفظ الموصول وجواز تأنيثها نظرا الى المعنى المراد بالموصول وعن هذا ترى ثقات أهل العربية يؤولون المؤنث الذى عبر عنه بضمير المذكر أو باسم الاشارة المذكر فى مواضع شتى من كتب علم البلاغة بل فى التفاسير أيضا بالمذكور كما يؤولونه بما ذكر من غير فرق ثم ان كان المراد بقولهم بتأويل المذكور فى أمثال هذا المقام أن يقال بتأويل الشئ المذكور على أن يقدر الموصوف المذكر كان الامر أسهل ويرتفع الاشتباه بالكلية ثم ان الشراح قاطبة قالوا فى تفسير قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه أى يعتبر فى الاقرار الوارث وقت الاقرار لا وقت الموت وقال صاحب النهاية بعد ذلك ان اعتبار وقت الاقرار دون وقت الموت ليس على الاطلاق بل ذلك اذا كان كونه وارثا بسبب حادث وأما اذا كان كونه وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت أيضا ثم بين ذلك فى مريض أقر لابنه العبد فأعتق فمات الاب حيث صح الاقرار لان وراثته تثبت بسبب حادث وهو الاعتاق وقبله كان عبدا وكسب العبد لمولاه فهذا الاقرار فى المعنى حصل للمولى وهو أجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث ولو أقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا لانه لما كان وارثا بسبب قائم وقت الاقرار تبين أن اقراره حصل لوارثه وذلك باطل هذا حاصل ماذكره وقال صاحب العناية بعد نقل ماذكر فى النهاية على الوجه المزبور وأرى أن اطلاق المصنف يغنى عن ذلك التطويل وذلك لانه قال يعتبر فى اقرار المريض لوارثه كونه وارثا عند الاقرار والعبد ليس بوارث عند الاقرار لكونه محروما فلا يكون اقرارا للوارث وكلامنا فيه والاخ ليس بمحروم فيكون وارثا عند الاقرار وان كان محجوبا والاقرار للوارث باطل انتهى أقول فيه نظر لان مدار هذا التوجيه أن يكون مراد المصنف بالوارث ما يعم المحجوب ويقابل المحروم وليس بسديد اذ لو كان مراده بالوارث هنا ذلك لكان مراده به فى قوله ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية أيضا ذلك والا لا يتم قوله واقرار المريض للوارث على عكسه فان أمر الانعكاس انما يتحقق عند اتحاد المراد بالوارث ولو كان المراد بالوارث هنالك أيضا ذلك لفسد المعنى اذ لا يخفى أن الموصى له اذا كان محجوبا عن الميراث عند موت الموصى تجوز الوصية له كما يدل عليه قطعا ماذكره الامام قاضيخان فى فتاواه ونقله الشراح بأسرهم عنه من قبل وهو أنه لو أوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية أثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب والاخ لام وبطلت للاخ لاب وأم لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وأم وللاخ لام لانهما يرثانه انتهى فظهر أن المراد بالوارث هنا ما ثبت له الارث بالفعل بأن لا يكون محروما ولا محجوبا فاحتيج الى التقييد فى صورة الاقرار بما ذكره صاحب النهاية ثم ان صاحب الغاية رد على صاحب النهاية هنا بوجه آخر حيث قال وذكر فى وصايا الجامع الصغير لو أن المريض أقر لابنه بدين وهو نصرانى أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التى صار بها وارثا فى ثانى الحال ثم قال فعن هذا عرفت أن ماذكر بعضهم فى شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو أنه قال أقر لابنه بدين وابنه عبد ثم أعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا الاقرار حصل من المريض فى المعنى لمولاه وهو أجنبى منه انتهى أقول الساهى هنا صاحب الغاية نفسه لان ذلك البعض الذى نسب السهو

وقوله (الا أن تجيزها الورثة) استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الا لا وصية لوارث وقوله (ولان الامتناع لحقهم) أى لحقهم الذى هو تأذيهم بايثار البعض دون البعض وبالتفسير على هذا الوجه يندفع ما قيل لو كان الامتناع لحقهم لجاز فيما دون الثلث من أجازوا أو لم يجيزوا لانه لا حق لهم فى الثلث كما فى الوصية للاجنبى قوله (ولو أجاز بعض) ظاهر

قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم) فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية والثانى لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين فى حالة الحياة فكذا بعد الممات (وفى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية

اليه فان المصنف ذكر ماذكره ذلك البعض نقلا من كتاب الاقرار فى فصل اعتبار حالة الوصية من باب الوصية بالثلث فيما سيأتى واعترف صاحب الغاية أيضا ثمة بان الصدر الشهيد وغيره ذكروا ماذكره المصنف هناك نقلا عن كتاب الاقرار فما قاله هنا من أنه سهو منه لا يصح لعله غفول عن ذلك وسهو من نفسه كما لا يخفى ثم ماذكره ذلك البعض هنا يخالف رواية وصايا الجامع الصغير لكن لا يلزم منه السهو فانه بنى كلامه هنا على رواية كتاب الاقرار ومثل هذا ليس بعزيز فى كلمات الثقات ثم ان تاج الشريعة بعد أن فسر قول المصنف واقرار المريض للوارث على عكسه بقوله أى يعتبر كونه وارثا وغير وارث وقت الاقرار لا زمان الموت قال فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت ولو لم يكن وقت الاقرار وارثا صح الاقرار وان صار وارثا زمان الموت لان الاقرار ايجاب فى الحال ولهذا يملكه المقرله فى الحال ويصح رده فى الحال انتهى أقول فيه بحث فان قوله فلو كان وقت الاقرار وارثا لا يصح الاقرار وان لم يكن وارثا زمان الموت مما ينافيه مانص عليه الامام قاضيخان فى فتاواه فى فصل اقرار المريض من كتاب الاقرار حيث قال ولو أقر لوارث ثم خرج من أن يكون وارثا بان أقر الاخ له ثم ولد له ابن ثم مات المريض صح اقراره انتهى ثم ان لبعض المتأخرين هنا كلمات مفصلة غير خالية عن الاختلال فى بعض مواضعها تركنا ذكرها وبيان اختلالها مخافة عن الاطناب الممل (قوله قال ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) قال فى الكفاية أراد به الذمى بدليل التعليل ورواية الجامع الصغير أن الوصية لاهل الحرب باطلة انتهى أقول فيه أن قوله ويجوز أن يوصى المسلم للكافر لفظ القدورى والتعليل ورواية الجامع الصغير انما هما من كلام المصنف فكيف يصح جعل كلام المصنف دليلا على ارادة القدورى بالكافر الذمى دون مطلق الكافر كما هو الظاهر من لفظه على أن المراد باهل الحرب فى رواية الجامع الصغير هو الحربى الغير المستأمن لان لفظ الجامع الصغير هكذا الوصية لحربى هو فى دارهم باطلة كما ذكر فى الكافى وغيره فبقى الحربى المستأمن خارجا عن مسئلة الجامع الصغير فكيف تكون رواية الجامع الصغير دليلا على كون المراد بالكافر فى لفظ الكتاب هو الذمى دون ما يعم الحربى المستأمن وقد صرح فى المحيط وغيره بانه يجوز أن يوصى المسلم للحربى المستأمن فى ظاهر الرواية كما يجوز أن يوصى للذمى نعم يجوز أن يكون اختصاص التعليل الذى ذكره المصنف بالذمى دليلا على حمل المصنف مراد القدورى بالكافر على الذمى وان لم يكن دليلا على أن يكون مراد القدورى بذلك فى نفسه هو الذمى وأما ذكر المصنف رواية الجامع الصغير التى تختص بالحربى الغير المستأمن فلا يكون دليلا على حمل المصنف أيضا اياه على الذمى فقط كما لا يخفى (قوله وفى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة) قال شراح الجامع الصغير ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم فوجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغى أن يفعل وان فعل جاز وثبت الملك لانهم من أهل الملك انتهى واقتفى أثرهم صاحب الكافى وشراح هذا الكتاب أقول والانصاف أن لفظة باطلة فى عبارة الجامع الصغير مما يأبى التوفيق المذكور جدا اذ قد تقرر عندهم أن الباطل من العقود لا يفيد الملك بخلاف الفاسد منها فانه يفيد الملك عند تحقق القبض فلو كان المذكور فى الجامع لفظة فاسدة بدل لفظة باطلة لكان لذلك التوفيق وجه وليس فليس ثم أقول لعل الحق هنا رأى صاحب المحيط فانه لم يقبل قولهم ذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى بل نقل ماذكر فى السير الكبير واستنبط منه بطلان الوصية

قال (ويجوز أن يوصى المسلم للكافر) وصية المسلم للكافر الذمى وعكسها جائزة فأما الاول فلقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين الآية نفى النهى عن البر اليهم والوصية لهم بر اليهم فكانت غير منهية وأما الثانى فلما ذكر فى الكتاب وأما الوصية لاهل الحرب ففى رواية الجامع الصغير باطلة وقالوا فى شروح الجامع الصغير انه ذكر فى السير الكبير مايدل على جواز الوصية لهم ووجه التوفيق بين الروايتين أنه لا ينبغى أن يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك وأما وصية الحربى بعد مادخل دارنا بأمان فانها جائزة لانه ولاية تمليك ماله فى حياته فكذا بعد وفاته خلا أنه لا فرق بين وصيته بالثلث وبجميع ماله لان منع المسلم عما زاد على الثلث لحق ورثته المسلمين لانه معصوم عن الابطال وورثة الحربى ليست كذلك

(قال المصنف والثانى لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين فى المعاملات) أقول لا اختصاص لهذا الدليل بالثانى بل يعم الاول أيضا (قوله وانما جعل هذا التصديق أفضل) أقول فيه بحث

قال (وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) لان أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال (ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث) سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة

للحربى حيث قال وفى شرح الطحاوى قالوا وذكر فى السير الكبير ما يدل على جواز الوصية للحربى واختلف المشايخ فيه منهم من وفق بين ماذكر فى الاصل وبين ماذكر فى السير الكبير فقال لا ينبغى للمسلم أن يوصى للحربى كما ذكر فى الاصل ولكن لو فعل جازت وثبت الملك للموصى له كما ذكر فى السير الكبير ومنهم من قال فى المسئلة روايتان هكذا قالوا والمذكور فى السير الكبير أن الوصية للحربى باطلة والصورة المذكورة ثمة لو أوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لا تجوز فان خرج الحربى الموصى له الى دار الاسلام بأمان وأراد أخذ وصيته لم يكن له من ذلك شئ وان أجازت الورثة لان الوصية وقعت بصفة البطلان فلا تعمل اجازة الورثة فيها فقد نص على عدم الجواز فى أصل المسئلة ونص على البطلان فى الفرع وانه دليل على بطلانها الى هنا لفظ المحيط فتأمل ثم ان صاحب الدرر والغرر بعد أن ذكر التوفيق المار الذكر فى عامة الكتب وعزاه الى الكافى والنهاية قال أقول لا يخفى بعده بل وجه التوفيق ما يدل عليه قول الجامع الصغير وهو فى دارهم فانه احتراز عن حربى ليس فى دارهم وهو المستأمن فان الحربى مادام فى دار الحرب ممن يقاتلنا بخلاف المستأمن فانه ليس كذلك وهو المراد بما ذكر فى السير الكبير انتهى كلامه أقول هذا كلام عجيب فان لفظ السير الكبير على ما نقله صاحب المحيط لو أوصى مسلم لحربى والحربى فى دار الحرب لا يجوز انتهى فكيف يمكن أن يكون المستأمن هو المراد بما ذكر فى السير الكبير (قوله وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له حال الحياة أو ردها فذلك باطل) قال بعض المتأخرين لا يخفى أن بيان وقت القبول حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فينبغى أن يقدم قوله فالموصى به علك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت فضلا عن أن يتوسط بينهما مسئلة استحباب الوصية بما دون الثلث اه أقول خبط ذلك القائل فى تحريره هذا خبط عشواء لان بيان وقت القبول ان كان حقه أن يقدم على بيان وجوب القبول فكيف يصح قوله فينبغى أن يقدم قوله فالموصى به علك بالقبول على قوله وقبول الوصية بعد الموت لان الذى ينبغى أن يقدم انما هو ما حقه أن يقدم وهو بيان وقت القبول على مقتضى صريح كلامه المذكور فيلزم أن يكون الذى ينبغى عكس ماذكره وذلك عين ما وقع فى كلام المصنف فكأنه أراد أن يقول لا يخفى أن بيان وجوب القبول حقه أن يقدم على بيان وقت القبول فخبط فى تحريره حيث عكس الامر (قوله ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم) أقول لقائل أن يقول كما أن فى التنقيص صلة القريب كذلك فى التكميل صدقة على الاجنبى وفيما اذا كانت الورثة أغنياء كانت الصلة لهم هبة منهم فالصدقة أولى من الهبة كما سيجئ التصريح به فى تعليل كون الوصية بدون الثلث أولى من تركها فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فينبغى أن يكون التكميل أيضا أولى من التنقيص فيما اذا كانت الورثة أغنياء لتلك العلة فما وجه التعميم هنا والجواب أن فى التنقيص أصل صلة القريب لا زيادتها وفى التكميل زيادة الصدقة لا أصلها لتحقق أصلها بما دون الثلث بدون التكميل ففى اختيار التكميل تفويت صلة القريب عن أصلها أى بالكلية وليس فى التنقيص تفويت الصدقة بالكلية بل فيه تفويت بعضها فكان فى اختيار التنقيص العمل بالفضيلتين معا فضيلة الصدقة وفضيلة صلة القريب وفى اختيار التكميل العمل بفضيلة واحدة فقط وهى فضيلة الصدقة ولا ريب أن العمل بهما

وقوله (وقبول الوصية بعد الموت) على ماذكره فى الكتاب ظاهر والقبول ليس بشرط لصحة الوصية وانما هو شرط ثبوت الملك للموصى له وللوصية شبه بالميراث من حيث انها تمليك بالموت وشبه بالهبة من حيث انها تمليك بتمليك الغير فاعتبرنا شبه الهبة فى حق القبول مادام ممكنا من الموصى له فقلنا لا تملك قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعده من غير قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وان مات الموصى له من غير رد وقبول فقد ذكر فى الكتاب أن الوصية تبطل قياسا ويلزم ذلك ورثة الموصى له ردوا أو قبلوا فى الاستحسان وقوله (ويستحب أن يوصى الانسان) واضح وحاصله أن التقليل فى الوصية أفضل واليه الاشارة فى قوله انك أن تدع عيالك الحديث ومعناه ورثتك أقرب اليك من الاجانب فترك المال لهم خير من الوصية

ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبى والترك هبة من القريب والاولى أولى لانه يبتغى بها وجه الله تعالى

معا أولى من العمل بأحدهما فقط (قوله ثم الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها) أقول ولقائل أن يقول قد حكم فيما مر آنفا بان الوصية بدون الثلث مستحبة سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء ولا شك أن المستحب هو الذى كان فعله أولى من تركه فما معنى الترديد ههنا بان الوصية بأقل من الثلث أولى أم تركها والتفصيل بقوله قالوا ان كانت الورثة فقراء الخ والجواب أن الاستحباب فى قوله سابقا ويستحب أن يوصى الانسان بدون الثلث ليس بناظر الى قوله أن يوصى الانسان بل الى قوله بدون الثلث أى مصب الافادة فى ذلك الكلام قيده لا نفسه فمآل معناه الى أن التنقيص عن الثلث فى الوصية مستحب مطلقا وهذا انما يقتضى أن يكون التنقيص من الثلث فى الوصية أولى من التكميل مطلقا ولهذا قال المصنف فى تعليله لان فى التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم وهذا المعنى لا ينافى أن يكون ترك الوصية بالكلية أولى من التنقيص عن الثلث أيضا فى بعض الصور فبين المصنف ذلك بما قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فتركها بالكلية أولى وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى فلم يكن ترديده وتفصيله ههنا مخالفا لما سبق آنفا بل كان بملاحظة ذلك ورعايته على حاله هكذا ينبغى أن يفهم هذا المقام (قوله لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح) والكاشح العدو الذى أولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح هو الذى أضمر العداوة فى كشحه وانما جعل هذا التصدق أفضل لان فى التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها كذا فى العناية وغيرها أقول فيه شئ وهو أن الحديث حينئذ انما يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم الكاشح لا على أفضلية الصدقة على القريب مطلقا كما هو المطلوب فلا يتم التقريب وقد تنبه له بعض الفضلاء حيث قال هذا الحديث لا يفى بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل الا أن قوله ولذلك لم يصدره باداة التعليل لا يجدى نفعا لان ذلك الحديث فى مقام التعليل هنا سواء صدره باداة التعليل أو لم يصدره بها ولهذا صدره صاحب الكافى باللام حيث قال لقوله عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح ثم ان بعض المتأخرين كأنه قصد دفع ذلك القصور واصلاح المقام فقال فى شرح قول المصنف لما فيه من الصدقة على القريب هذا قياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهى وكل صدقة على القريب أولى من الصدقة على غيره أقيم دليلها مقامها وهو قوله وقد قال عليه السلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم منها على غير ذى الرحم انتهى أقول ليس ذلك أيضا بتام فانا ان أغمضنا عن منع قوله فانه بصريحه يدل على أفضلية الصدقة على ذى رحم كاشح من الصدقة على ذى رحم غير كاشح نمنع جدا قوله وتخصيص الكاشح بذى الرحم يدل على أفضلية الصدقة على ذى الرحم على غير ذى الرحم فان تخصيص الكاشح بذى الرحم انما يدل على أن يكون التصدق على ذى الرحم تأثير فى أفضلية الصدقة كما أن لكونه كاشحا تأثيرا فيها ولا يلزم منه أن يكون التصدق على ذى الرحم الغير الكاشح أفضل من التصدق على غير ذى الرحم الكاشح لان فى كل منهما انتفاء أحد سببى الافضلية المستفادين من الحديث الشريف فمن أين يعلم أفضلية أحدهما من الآخر تأمل تقف (قوله وان كانوا أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فالوصية أولى لانه يكون صدقة على الاجنبى والترك هبة من القريب والاولى أولى)

وهو مروى عن أبى بكر وعمر قالا لأن يوصى بالخمس أحب الينا من أن يوصى بالربع ولان يوصى بالربع أحب الينا من أن يوصى بالثلث والكاشح العدو الذى ولى كشحه وهو ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذى أضمر العداوة فى كشحه وانما جعل هذا التصدق أفضل لان فى التصدق عليه مخالفة النفس وقهرها

(قال المصنف وقد قال النبى عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذى الرحم الكاشح) أقول هذا الحديث لا يفى بتمام المدعى ولذلك لم يصدره باداة التعليل

وقوله (والموصى به يملك بالقبول) واضح وقد تقدم لنا الكلام عليه قبيل هذا وقوله (ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب) صورته أن يشتري المريض شيئاً ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فانه لا يرده على بائعه (ولا يرد عليه بالعيب) صورته أن يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيئاً من التركة ووجد

المشترى به عيباً لا يرده على الموصى له ولو كان ثبوت الملك للموصى له

وقيل في هذا الوجه بخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو الصدقة والصلة فيخير بين الخيرين قال (والموصى به يملك بالقبول) خلافاً لزفر وهو أحد قولي الشافعي هو يقول الوصية أخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما أنه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذلك الوصية ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله أما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبراً من الشرع من غير قبول قال (الا في مسئلة واحدة وهي أن يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته) استحساناً والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن الملك موقوف على القبول فصار كموت المشترى قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشترى اذا مات قبل الاجازة قال (ومن أوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية) لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وأبداً يبدأ بالأهم فالأهم (الا أن يبرئه الغرماء) لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال (ولا تصح وصية الصبي) وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه أجاز وصية يفاع أو يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا أنه تبرع والصبي ليس من أهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله

أقول للمانع أن يمنع كون الوصية صدقة على الاجنبي مطلقاً اذ الاجنبي الموصى له قد يكون غنياً أيضاً فلم يثبت أولوية الوصية من تركها على الاطلاق فيما اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بنصيبهم فتدبر (قوله ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب) قال جماعة من الشراح منهم صاحب العناية صورة الاول أن يشتري المريض شيأ ويوصي به لرجل ثم الموصى له يجده معيباً فانه لا يرده على بائعه وصورة الثاني أن يوصي بجميع ماله لانسان ثم باع شيأ من التركة ووجد المشتري به عيباً لا يرده على الموصى له انتهى أقول في تصوير الثاني بما ذكر نظر لان الموصي اذا باع شيأ من الموصى به يصير راجعاً عن وصيته كما سيجيء تفصيله عن قريب ففي الصورة المذكورة يكون عدم ثبوت ولاية رد المشتري ما اشتراه من الموصي على الموصى له بالعيب لرجوع الموصي عن وصية ما باعه من التركة ببيعه وعدم تعلق حق الموصى له بذلك بعد تحقق الرجوع عن الوصية لا لكون الوصية اثبات ملك جديد فلا يتم التقريب (قوله ومن أوصى وعليه دين محيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع) أقول هذا التعليل منقوض بالوصية بنحو الحج والزكاة والكفارات فانها واجبة على ما صرحوا به فالاولى في التعليل البسط بأن يقال لانه حق العبد وأداؤه فرض والوصية تكون بطريق التبرع في الغالب وقد تكون بطريق الوجوب وذلك فيما اذا كانت لاداء حقوق الله سبحانه وتعالى الفائتة كالحج والزكاة ونحوهما وأياما كان يقدم الدين عليها أما في الشق الأول فظاهر لان أداء الدين فرض والفرض مقدم على التبرع لا محالة وأما في الشق الثاني فلان الدين حق العبد وحق العبد مقدم على حق الله تعالى اذا اجتمعا لاحتياج العبد دون الله

بطريق الخلافة لثبت ولاية الرد في الصورتين جميعاً كما في الوارث وقوله (ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره الا بقبوله) لئلا يعود على موضوعه بالنقض وذلك لان تنفيذ الوصية لمنفعة الموصى له ولو أثبتنا الملك له قبل قبوله لربما تضرر فانه لو أوصى له بعبد أعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وأمثال ذلك كثيرة وقوله (الا في مسئلة واحدة) استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعني الا في مسئلة واحدة فانها تملك بدون القبول وقوله (لان الدين مقدم على الوصية) يعني في الحكم فان قيل هذا التقدم مخالف لنظم الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين فالجواب ما ذكرناه في مختصر الضوء في الفرائض قال (ولا تصح وصية الصبي) كلامه واضح وقوله (ولو لم تنفذ يبقى على غيره) يعني اذا نفذنا الوصية كان ماله باقياً على نفسه فانه يحصل له بسببها نيل الزلفى والدرجة العليا ولو لم تنفذ يبقى ماله على غيره فكان الوصية أولى

والاثر

(قوله ثم باع شيأ من التركة) أقول أي باع الموصي (قوله لا يرده على الموصى له) أقول بعد موت الموصي (قال المصنف فانه فرض والوصية تبرع) أقول فيه أن بعض الوصايا واجبة كالوصية بالحج والزكاة فالدليل قاصر كما لا يخفى

وقوله (والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم) يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله (انه أوصى لابنة عم له بمال) لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه قال الطحاوي والاحتجاج بهذا الاثر لا يصح من الشافعي لانه مرسل لانه رواية عمرو بن سليم وهو لم يلق عمر وعندنا المرسل وان كان حجة لكن هذا يخالف قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث وفيه نظر لان المراد بالقلم التكليف وما نحن فيه ليس منه وقال ابن حزم هو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية فانها تدل على أن الصبي ممنوع عن ماله وقوله (وهو يحرز الثواب) جواب عن قوله ولانه نظر له

والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر النظر الى أوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور أهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق

تعالى كما عرف في محله (قوله والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالحلم مجازا) يعني كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى يافعا مجازا تسمية للشئ باسم ما كان عليه كذا في العناية وغيرها (أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفنه وذلك جائز عندنا) قال صاحب الغاية وفيه نظر عندي لانه صرح الراوي بأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل أن يقال انه كان أدرك لكن سمي غلاما مجازا لانه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم انتهى ورد صاحب العناية حاصل نظره والجواب عنه حيث قال ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما لم يحتلم وأنه أوصى لابنة عم له بمال فكيف يصح التأويل بكونه يافعا مجازا أو بكون الوصية في التجهيز وأمر الدفن وأجيب بأن قوله كان غلاما لم يحتلم معنى اليافع حقيقة فيجوز أن يكون الراوي نقله بمعناه وقوله انه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه أقول ليس ذلك الجواب بسديد أما أولا فلانه اذا كان لفظ اليافع في الاثر المزبور مجازا عن كان بالغا لم يمض على بلوغه زمان كثير كان معنى اليافع حقيقة غير مراد في ذلك الاثر بل غير واقع في أصل القصة فلو كان الراوي نقله بمعناه الحقيقي لزم أن يكذب في نقله ولا يخفى ما فيه وأما ثانيا فلان قوله وقوله انه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه ممنوع جدا فان معنى أوصى له بمال ملكه اياه وما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه لا يكاد أن يكون ملكا لغيره كما لا يخفى نعم لو كان المروي في الاثر أنه أوصى الى ابنة عم له بكلمة الى بدل كلمة اللام لم يلزم التنافي لان معنى أوصى اليه جعله وصيا فيجوز أن تكون ابنة عمه وصيته في تجهيزه وأمر دفنه ولما كان المروي في ذلك أنه أوصى لابنة عم له بمال لم يبق للتأويل المذكور مجال (قوله وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه) قال في العناية قوله يحرز الثواب جواب عن قوله ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله كما بيناه اشارة

بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى وقوله (كما بيناه) اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد اما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه وقوله (والمعتبر في النفع والضرر) تنزل في الجواب كأنه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب دون تركها لكن المعتبر في النفع والضرر هو النظر الى أوضاع التصرفات دون العوارض اللاحقة ألا ترى أن الطلاق لا يصح منه وان أمكن أن يكون نافعا بأن يطلق امرأة معسرة شوهاء ويتزوج بأختها الموسرة الحسناء لكون ذلك من العوارض والوصية في الاصل تبرع والصبي ليس من أهله

(قوله ورد بأنه صح في رواية الحديث أنه كان غلاما الى

(٥٥ - تكملة ثامن) قوله نقله بمعناه) أقول الرد للاتقاني وفي شرح الوجيز للرافعي في وصية الصبي المميز وتدبيره قولان أرجحهما عند الاستاذ أبي منصور أنهما يصحان لما روى أن غلاما من غسان حضرته الوفاة وله عشر سنين فأوصى لبنت عم له وله وارث فرفعت القضية الى عمر فأجاز وعن عثمان أجاز وصية غلام ابن احدى عشرة سنة ولان الوصية لا تزيل ملكه في الحال وتفيد الثواب بعد الموت فتصح كسائر القربات وبهذا القول قال مالك وأحمد والثاني وهو الاظهر عند الاكثرين وبه قال أبو حنيفة انهما باطلان كهبته واعتاقه وذلك لانه لا عبارة له ولهذا لا يصح بيعه وان كان فيه غبطة انتهى (قوله وقوله انه أوصى لابنة عم له بمال لا ينافي أن يكون مما يتعلق بتجهيزه وأمر دفنه) أقول لو أريد ذلك لقيل الى ابنة عم له (قوله وهو مخالف لقوله تعالى وابتلوا اليتامى الآية) أقول هذه الآية في أوائل سورة النساء (قوله أو تساويهما فيه) أقول فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك أورده المصنف بصيغة التمريض (قوله كأنه يقول سلمنا أن بالوصية يحصل الثواب) أقول فيه بحث فان الوصية نوع مضبوط ليس كالطلاق وغيره فليتأمل

وقوله (بخلاف العبد والمكاتب) يعني اذا قال العبد أو المكاتب اذا أعتقت فثلث مالي وصية يصح (لان أهليتهما مستتمة) أي تامة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوط المانع وقوله (ولا تصح وصية المكاتب) يعني تنجيزه لان الاضافة الى العتق صحيحة كما مر آنفا وقوله (والخلاف فيها معروف عرف في موضعه) يعني في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير وما عرف ثمة هو أن المكاتب اذا قال كل مملوك أملكه

فيما أستقبل فهو حر فعتق فملك لم يعتق عند أبي حنيفة وعتق عندهما لهما أن ذكر الملك ينصرف الى ملك كامل قابل للاعتاق وهو ما بعد الحرية ولابي حنيفة أن للمكاتب نوعين من الملك أحدهما ظاهر وهو ما قبل الاعتاق والثاني غير ظاهر وهو ما بعد الاعتاق فينصرف اليمين الى الظاهر دون غير الظاهر وقوله (وتجوز الوصية للحمل) مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة (وبالحمل) كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن من المولى اذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية له أو به ومعرفة ذلك بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي واختاره المصنف وصححه الاسبيجابي في شرح الكافي ومن وقت موت الموصي على ما ذهب اليه الفقيه أبو الليث واختاره صاحب النهاية (أما الاول) وهو الوصية للحمل (فلانها استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله) بعد موته لا أنه تمليك في الحال والاستخلاف يصلح له الجنين ارثا فكذا وصية لانهما أختان فان قيل لو كانتا أختين لما جاز ردها كما لم يجز رده أجاب بقوله (الا أنه) أي فعل الوصية أو الايصاء (يرتد بالرد لما فيه من التمليك) دون الميراث لعدم ذلك فيه

بخلاف العبد والمكاتب لان أهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال (ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء) لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول أبي حنيفة لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال (وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي أختها الا أنه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك

بخلاف

الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة على القريب الخ فانه يفيد دائما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه انتهى أقول فيه اشكال لانه ان أراد أن قوله لما بيناه اشارة الى قوله فالترك أولى لما فيه من الصدقة الى آخره أي الى آخر تعليل تلك المسئلة وهو ما ينتهي عند قوله وان كانوا أغنياء يلزم أن لا يتم كلام المصنف هنا فانه انما يتمشى في صورة ان كانت الورثة فقراء فلا يحصل الجواب عن قول الشافعي رحمه الله تعالى ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى في صورة ان كانوا أغنياء ويلزم أن لا يصح قول الشارح فانه يفيد دائما أفضلية الترك في الثواب أو تساويهما فيه اذ الافضلية متعينة حينئذ فلا معنى للترديد وان أراد بقوله الخ قوله والموصى به يملك بالقبول لتناوله صورة ان كانوا أغنياء أيضا يلزم أن لا يجري كلام المصنف هنا وكلام الشارح أيضا في صورة ان كانوا أغنياء الا على القول الضعيف المذكور هناك بقيل وهو التخيير بين الوصية وتركها على القول المختار المذكور هناك أولا وهو كون الوصية أولى من تركها وبالجملة لا يخلو المقام على كل حال عن نوع من الاختلال قال بعض المتأخرين هنا بعد نقل ما في العناية وفيه أن التساوي مبني على قول ضعيف كما سبق ولا حاجة اليه في المقصود انتهى أقول ان قوله ولا حاجة اليه في المقصود ليس بصحيح اذ لا أفضلية للترك في صورة ان كانت الورثة أغنياء بل الافضلية فيها للوصية على القول المختار أو الوصية وتركها سيان فيها على القول الضعيف كما تقرر فيما سبق والمقصود هنا هو الجواب عن قول الشافعي ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولا ريب أن ذلك المقصود لا يحصل بقول المصنف هنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته في صورة ان كانوا أغنياء الا بالتشبث بالقول الضعيف في تلك المسئلة وهو تساوي الوصية وتركها اذ على القول المختار فيها تكون الوصية أفضل فلا يتيسر احراز الثواب بتركها فتحققت الحاجة الى ذكر التساوي ليتم الجواب بالنظر الى تلك الصورة أيضا وعن هذا أورد بعض الفضلاء على ما في العناية ما أورده ذلك ولم يذكر المقدمة القائلة ولا حاجة اليه في المقصود حيث قال فيه بحث فان التساوي فيه ضعيف ولذلك البعض أورده المصنف بصيغة التمريض انتهى (قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية) أي وتجوز الوصية للحمل مثل أن يقول أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة وبالحمل كما اذا أوصى بما في بطن جاريته ولم يكن منه لكن بشرط أن يعلم أنه موجود في البطن وقت الوصية له أو به بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية على ما ذكره الطحاوي

(قال المصنف وتجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر) أقول هذا اذا لم تكن المرأة التي أوصى بحملها معتدة فانها حينئذ اذا ولدت لاقل من سنتين حتى حكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين الوصية أو حين موت الموصي ففي كلامه نوع قصور (قوله واختاره صاحب النهاية) أقول وصاحب الكافي أيضا

بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيأ

وصححه الاسبيجابى فى شرح الكافى واختاره المصنف أو من وقت موت الموصى بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت موته على ماذكره الفقيه أبو الليث فى باب الوصايا والامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى واختاره صاحب النهاية هذا زبدة مافى العناية وغاية البيان قال بعض المتأخرين بعد أن شرح المقام بهذا المنوال أقول ليس مبنى هذا الاختلاف على الاختلاف فى أنه هل يكفى فى صحة الوصية وجود الموصى له وبه وقت موت الموصى أولابد مع ذلك من وجودهما وقت الوصية لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لاوقت الوصية أيضا لانها تمليك بعد الموت فلابد من وجودهما اذذاك دون وقت الايجاب بدليل ماذكره الامام قاضيخان وسيجىء أيضا أنه لوقال أوصيت بثلث مالى لفلان وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماترك وبدليل ماذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبنى فلان وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من بنيه فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية فى المسئلة اعتبرها الطحاوى ولم يتنبه لها غيره وهى أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لما فى بطنها بكذا كونه موجودا فى بطنها وقتئذ لان المعنى لما ثبت وتحقق فى بطنها فى هذا الوقت الى هنا كلام ذلك البعض أقول فيه اختلال فاحش فان قوله لاتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما وقت الموت فقط لاوقت الوصية أيضا ممنوع كيف وقد وضع فى المحيط والذخيرة فصل على حدة لبيان أن المعتبر لصحة الايجاب فى الوصايا وجود الموصى به يوم موت الموصى أو وجوده يوم الوصية وذكر هناك أن حاصل هذا الفصل أن الموصى به اذا كان معينا يعتبر لصحة الايجاب وجوده يوم الوصية حتى ان من أوصى لانسان بعين لايملكه ثم ملكه يوما من الدهر لاتصح الوصية واذا كان العين الموصى به فى ملك الموصى يوم الوصية فالوصية تتعلق به حتى اذا هلك ذلك العين تبطل الوصية ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى بعض التركة فكذلك يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم الوصية وتتعلق الوصية به فلوقال أوصيت لك بثلث غنمى أو بشاة من غنمى وليس فى ملكه غنم يوم الوصية لاتصح الوصية حتى لو وجدت للموصى أغنام بعد ذلك قبل أن يموت لايكون للموصى له من الاغنام الحادثة شئ ومتى كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة يعتبر لصحة الايجاب وجود الموصى به يوم موت الموصى فاذا أوصى لرجل بثلث ماله وله مال فهلك ذلك المال واكتسب مالا غيره فان ثلث ماله الذى اكتسبه للموصى له ولم تتعلق الوصية بالمال الموجود يوم الوصية حتى لاتبطل بهلاكه انتهى فقد ظهر لك بذلك أن المعتبر لصحة الايجاب فى أكثر أقسام الوصايا وجود الموصى به وقت الوصية لاوقت الموت فلامعنى لقوله باتفاق مشايخنا على أن الشرط لصحتها وجودهما أى وجود الموصى له وبه وقت الموت فقط لاوقت الوصية أيضا وقوله فى تعليل ذلك لانها تمليك بعد الموت فلابد من وجودهما اذذاك دون وقت الايجاب ليس بتام لان سبب الاستحقاق هو الوصية فيجوز أن يعتبر وجودهما وقت وجود ذلك السبب كما يجوز أن يعتبر وجودهما وقت تحقق الحكم وهو الملك ومن هذا منشأ الاختلاف الواقع بين المشايخ على مامر من قبل وقوله بدليل ماذكره الامام قاضيخان وسيجىء أيضا أنه لوقال أوصيت لفلان بثلث مالى وليس له مال ثم استفاد مالا كان للموصى له ثلث ماترك ليس بصحيح لان ذلك انما يكون دليلا على كون المعتبر وقت الموت فيما اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع فى جميع التركة كما هو الحال فى قوله أوصيت بثلث مالى لفلان لافيما اذا كان الموصى به معينا كما فيما نحن فيه وعن هذا قال صاحب النهاية وغيره فى شرح تلك المسئلة التى ستجىء

وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله وتجوز الوصية للحمل يعنى أن الهبة للحمل لاتصح (لانها تمليك محض) والجنين ليس بصالح لذلك لان الملك بالهبة انما يثبت بالقبض (ولاقدرة لاحد عليه ليملكه شيا) يحصل الملك فيه بالقبض

في الكتاب هذا اذا كان الموصى به غير معين وهو شائع في جميع التركة كما في اسم المال وأما اذا
كان معينا في نوع من المال فالحكم بخلافه ونقلوا عن الذخيرة ما نقلناه عن المحيط والذخيرة من التفصيل
فيما مر آنفا وقوله وبدليل ما ذكره صاحب المحيط نقلا عن الاصل أنه اذا أوصى بثلث ماله لبني فلان
وليس لفلان ابن يوم الوصية ثم حدث له بنون بعد ذلك ومات الموصى كان الثلث للذين حدثوا من
بنيه ليس بتام لان ما ذكره صاحب المحيط هناك جواب ظاهر الرواية ولا يلزم منه أن يكون الجواب
في غير ظاهر الرواية أيضا كذلك سيما عند الطحاوي فمن أين يثبت الاتفاق بذلك وعن هذا قال صاحب
البدائع ثم يعتبر ذلك من وقت الموت في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت وجود الوصية انتهى
وقوله فتبين أن منشأ الاختلاف ليس بذاك بل خصوصية في المسئلة التي اعتبرها الطحاوي ولم يتنبه
لها غيره وهو أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا في بطنها وقتئذ لا يكاد
يصح اذ لا نسلم جدا أن المفهوم عرفا ولغة اذا قيل أوصيت لما في بطنها بكذا كونه موجودا وقتئذ بل
يكفي كونه موجودا وقت موت الموصي لثبوت حكم الوصية عند موته وكيف يتصور من أساطين الفقهاء
سيما أصحاب ظاهر الرواية أن لا يتنبهوا لما يفهم من الكلام عرفا ولغة ولا ينبغي أن ينسب الى أحد منهم
الغفلة عن شئ من اللغة والعرف فضلا عن الغفلة عنهما معا وقوله لان المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها في
هذا الوقت تحكم بحت بل المعنى لما ثبت وتحقق في بطنها وأما كون ثبوته في وقت الوصية أو في وقت
الموت فأمر خارج عن مفهوم نفس اللفظ وانما المعين له شئ آخر هو محل الاجتهاد من الفريقين وقد بينه
صاحب البدائع بان قال وجه ما ذكره الطحاوي أن سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده
ووجه ظاهر الرواية أن وقت نفوذ الوصية واعتبارها في الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك
الوقت انتهى ثم ان ذلك البعض قال واعلم أن في كلام صاحب الكافي هنا اضطرابا لانه دل أوله على أن
اعتبار المدة من وقت الوصية فيما أي في الموصى له وبه وآخره دل على أنه من وقت الموت اذا كانت
الوصية للحمل ولم يظهر لي وجهه انتهى أقول ان صاحب الكافي قال في أول كلامه وتجوز الوصية
للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ثم قال في آخره وأما الثاني فلانه تجري
فيه الوراثة فتجري فيه الوصاية لما مر من أن الوصية أخت الميراث وقد تيقنا بوجوده يوم الموت متى
جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر من يوم الموت انتهى فيجوز فيه الوجهان أحدهما أن يكون المضاف مقدرا
في قوله من وقت الوصية فيكون المعنى من وقت وجوب الوصية ولا يخفى أن وقت وجوب الوصية
هو وقت موت الموصي فيوافق أول كلامه آخره وقد أشار صاحب معراج الدراية الى تأويل كلام
المصنف بهذا الوجه ليوافق كلامه ما ذكر في المبسوط وثانيهما أن يكون مراده بايراد آخر كلامه
مخالفا لأوله هو الاشارة الى وقوع الروايتين في تعيين أول المدة التي يعلم فيها وجود الحمل في البطن وقد
خفي على ذلك البعض كل من ذينك الوجهين حيث قال لم يظهر لي وجهه ثم انه أخطأ في قوله وآخره دل
على أنه من وقت الموت اذا كانت الوصية للحمل فان الذي في آخره انما هو الوصية بالحمل لا الوصية للحمل
لانه قال فيه وأما الثاني ولا ريب أن الثاني في قوله وتجوز الوصية للحمل وبالحمل هو الوصية بالحمل
ثم ان الزيلعي قال في شرح الكنز وذكر في الكافي ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان
أوصى به يعتبر من وقت الموت انتهى أقول ليس ذاك أيضا بسديد لان عبارة الكافي في أول الكلام هكذا
وتجوز الوصية للحمل وبالحمل ان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية ولا يخفى أن قوله من
وقت الوصية ان لم يتعلق بقوله بالحمل فقط لكونه قريبا منه فلا أقل من أن يتعلق بمجموع قوله للحمل
وبالحمل فمن أين يدل ذلك على اختصاص الاعتبار من وقت الوصية بما اذا أوصى له نعم ما ذكره صاحب

(وأما الثانى) وهو الوصية به (فلانه) أى (الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام) فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت و بذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة ولقائل أن يقول فى كلام المصنف تناقض ظاهر لانه لا يعلم وجود شئ الا بعد أن يكون موجودا واذا كان موجودا لا يكون بعرض الوجود والجواب أن معنى قوله بعرض الوجود بعرض وجود يصلح لورود القبض عليه ومعنى قوله اذا علم وجوده تحققه وكونه فى بطن الام فاندفع التناقض وقوله (و بابها أوسع لحاجة الخ) وان اختلج فى ذهنك تناقض آخر بين سعيه لاثبات الوجود لجواز الوصية وتوضيحه للجواز بصحتها فى غير الموجود فالجواب ستسمعه ان شاء الله تعالى وقوله (ومن أوصى بجارية) يعنى من قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء جميعا (لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا) لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل فى الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما فان قيل كيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظى لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصى فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا فان الوصية فى الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح فى تقرير ملكه فى الفرس لا باعتبار خروجه عن المستثنى منه فانه لم يكن داخلا فان قيل لا نسلم أن اسم الجارية لا يتناول الحمل فانه لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره من أحواله أجاب بقوله ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا يعنى انه لم يتناوله بالعموم بل يستحق اذا أطلق الموصى عن قيد الافراد فاذا أفرد الام لم يبق مطلقا بل تقيدت الام بالافراد فصحت الوصية بها مفردة وقوله (ولانه يصح) فقد ذكره فى البيوع

وأما الثانى فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها أوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح فى غير الموجود كالثمرة فلأن تصح فى الموجود أولى قال (ومن أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء) لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل أن ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه وقد مر فى البيوع

الكافى فى آخر كلامه يدل على كون الاعتبار من وقت الموت فيما اذا أوصى بالحمل وبهذا ترد المخالفة بين أول كلامه وآخره والمخلص ما بيناه آنفا من أحد الوجهين فتبصر (قوله وأما الثانى فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية) قال صاحب العناية فى شرح هذا المحل وأما الثانى وهو الوصية به فلانه أى الحمل بعرضية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت و بذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة انتهى أقول فيه خلل ظاهر فان زيادة قوله أو الموت فى قوله من وقت الوصية أو الموت مع كونها غير مطابقة للمشروح تقتضى أن لا يصح قوله و بذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة اذ على تقدير أن وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى لا يعلم وجوده وقت الوصية أصلا فيما اذا مضت بين الوصية والموت مدة يصير بها زمان وضع الحمل أكثر من ستة أشهر من وقت الوصية وهذا مما لا ستره به (قوله ومن أوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة البيع فانه اذا باع جارية الا حملها فسد البيع مع امكان جريان هذا التعليل هنالك أيضا لا يقال انما فسد البيع لاصل وهو أن ما لا يصح افراده بعقد لا يصح استثناؤه من ذلك العقد

(قوله فان وضع المسئلة فيما اذا وضعت لاقل من ستة أشهر من وقت الوصية أو الموت وبذلك يعلم وجوده وقت الوصية لامحالة) أقول فيه بحث فانها اذا وضعته لاقل من ستة أشهر من موت الموصى لا يعلم وجود الحمل وقت الوصية اذ قد يكون بين الموت والوصية شهر أو شهران أو أزيد فليتأمل (قوله والجواب ستسمعه) أقول فى آخر باب الوصية بالخدمة والسكنى حيث فرق المصنف بين الثمرة المعدومة والولد المعدوم (قوله ولا هو داخل فى الموضوع) أقول عطف على قوله ليس بموضوع (قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه) أقول الاستدلال بهذا على عدم صحة الاستثناء أظهر كما لا يخفى على من يعرف معنى الاستثناء ثم قوله صح استثناؤه يعنى لتقرير الملك (قوله لان اسم الجارية يتناولهما) أقول ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالحمل كذلك (قوله كما لو قال أوصيت لفلان بألف درهم الا فرسا) أقول فيه بحث فانه صرح فى كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظى ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح فى الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل فى الفرق

قال (ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال (واذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا) أما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن والدار يبني فيها الموصى والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصى من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف أوجب زوال ملك الموصى فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا أزاله كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من أراد أن يعطى ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا) كذا ذكره محمد

والحمل مما لا يصح افراده بالبيع فلا يصح استثناؤه منه كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع بخلاف الامر في الوصية فان افراد الحمل بالوصية يصح فكذا استثناؤه منها كما سيأتي في التعليل الثاني لانا نقول ذلك الفرق موجب التعليل الآتي وكلامنا في هذا التعليل الاول فلا معنى للخلط ثم ان صاحب العناية قال في شرح أول هذا التعليل لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع وما لا يتناوله اسم الجارية يصح استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها انتهى أقول مقتضى تقريره هذا أن يكون قول المصنف لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا صغرى لقياس من الشكل الاول كبراه مطوية وهي قوله وما لا يتناوله اسم الجارية صح استثناؤه من الجارية وأن يكون ذلك القياس وحده دليلا مستقلا على صحة استثناء الحمل في مسئلتنا هذه لكن فيه بحث وهو أنه كيف يتم الاستدلال بعدم تناول اسم الجارية للحمل على صحة استثنائه منها ومعنى الاستثناء يقتضي خلاف ذلك فان معناه هو الاخراج عما يتناوله صدر الكلام كما هو المتعارف أو المنع عن دخول بعض ما تناوله صدر الكلام كما اختاره صاحب التوضيح وقال المصنف في باب الاستثناء من كتاب الاقرار الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وعلى كل من التعبيرات فتناول صدر الكلام للمستثنى مما لا بد منه في الاستثناء الحقيقي الذي هو المتصل وأما المنقطع فصيغة الاستثناء مجاز فيه كما عرف في محله سيما في كتب الاصول ويمكن أن يقال ان صيغة الاستثناء وان كانت مجازا في المنقطع الا أن لفظ الاستثناء حقيقة اصطلاحية في القسمين معا كما نص عليه صاحب التلويح في فصل الاستثناء فيجوز أن يراد بالاستثناء المذكور في هذه المسئلة هو الاستثناء المنقطع وهو لا يقتضي تناول صدر الكلام للمستثنى بل ينافي ذلك فيتم التقريب وقال صاحب العناية بعد كلامه السابق وفيه اشارة الى ما يقال الحمل جزء من الام قبل الانفصال كاليد والرجل ولو استثنى اليد أو الرجل لم يجز فكذلك الحمل وذلك لان اسم الجارية يتناولهما انتهى واعترض بعض الفضلاء على قوله لان اسم الجارية يتناولهما حيث قال ان أراد مقصودا فليس كذلك وان أراد تبعا فالحمل كذلك انتهى أقول هذا في غاية السقوط اذ لا شك أن المراد أن اسمها يتناولهما مقصودا وقوله فليس كذلك ليس بشئ اذ لا ريب أن اسم الجارية فيما اذا قال أوصيت

وقال

قال (ويجوز للموصى الرجوع عن الوصية) الرجوع عن الوصية جائز لوجهين أحدهما أنه تبرع لم يتم لان تمامها بموت الموصى والتبرع التام كالهبة جاز الرجوع فيه ففيما لم يتم أولى والثاني أن القبول يتوقف على الموت والايجاب المفرد يجوز ابطاله في المعاوضات كما في البيع ففي التبرع أولى ثم الرجوع قد يكون صريحا وهو أن يقول رجعت عما أوصيت به لفلان وقد يكون دلالة وله أنواع ذكر المصنف لها في الكتاب ضوابط هي جامعة واضحة وقوله (وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد) اعلم أن محمدا ذكر في الجامع أن جحود الوصية ليس برجوع وذكر في المبسوط أنه رجوع فمن مشايخنا من حمل المذكور في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار على الغائب لا يصح لانه من باب المعارضة المقتضية معارضا والمذكور في المبسوط محمول على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها لصحة الانكار حينئذ ومنهم من حمل المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي فانه قال فيه اذا أوصى الرجل لرجل بثلث ماله ثم قال لقوم

(قوله اعلم أن محمدا ذكر في الجامع) أقول يعني في الجامع الكبير (قوله وهو رجوع في الروايات كلها) أقول على قول هؤلاء المشايخ

وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا

بهذه الجارية يتناولها بجميع أجزائها الحقيقية مقصودا اذ لا معنى لايصاء الجارية بدون يدها أو رجلها أو نحو ذلك لامتناع الانتفاع بها بدون أجزائها الحقيقية لعدم انفكاكها عنها بخلاف الحمل فانه ليس بجزء منها حقيقة قبل الانفصال أيضا بل هو بمنزلة الجزء منها عند اتصاله بها كما صرح به المصنف في البيوع ويمكن انفكاكها عنه بوضعها اياه فجاز أن لا يكون مقصودا عند ايصائها كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية فان قيل فكيف صح الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ فالجواب أن صحته باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية كما لو قال أوصيت لفلان بالف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء أيضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا انتهى وقال بعض الفضلاء فيه بحث فانه صرح في كتاب الاقرار أن ما لا يتناوله اللفظ مقصودا بل يدخل فيه تبعا لا يصح استثناؤه لان الاستثناء تصرف لفظي ولو صح الاستثناء باعتبار تقرير الملك لصح في الاقرار أيضا استثناء البناء من الدار والفص من الخاتم والنخلة من البستان فليتأمل في الفرق انتهى وقصد بعض المتأخرين الجواب عنه فقال فان قلت يشكل حينئذ ما ذكر في كتاب الاقرار أنه لو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي وللمقر له الدار والبناء لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط والبناء يدخل تبعا والاستثناء انما يصح مما يتناوله الكلام نصا لا تبعا فلم حكموا ببطلان الاستثناء هنالك ولم يصححوه باعتبار تقرير الملك كما صححوا به هنا قلت انما لم يصححوا ذلك لاستلزامه ابطال حق ثبت بالاقرار ولا يلزم ذلك في الوصية لانها تبرع يصح الرجوع عنه غايته أن يحمل الاستثناء على الرجوع عنها في حق التابع انتهى أقول جوابه ليس بمستقيم فان ابطال حق ثبت بالاقرار انما يلزم في تلك المسألة المذكورة في كتاب الاقرار على تقدير أن لا يصح الاستثناء فيها ولا يجعل البناء للمقر له وأما على تقدير أن يصح الاستثناء فيها فلا يلزم ابطال ذلك أصلا اذ يصير الاقرار حينئذ مخصوصا بما عدا البناء اذ قد تقرر في مباحث الاستثناء أن حكم الكلام يتوقف فيما وقع فيه الاستثناء على تمام الكلام بذكر المستثنى فيثبت الحكم فيما عدا المستثنى فيصير معنى قوله مثلا هذه الدار لفلان الا بناءها على تقدير أن يصح الاستثناء غير بناء هذه الدار لفلان وبهذا يندفع التناقض المتوهم بين أول الكلام وآخره في أمثلة الاستثناء فظهر أنه لو صح الاستثناء في مسئلة الاقرار لم يستلزم ذلك ابطال حق ثبت بالاقرار قط ثم ان المصير الى حمل الاستثناء فيما نحن فيه على الرجوع عن الوصية في حق التابع ليس بسديد أيضا اذ لو كان الأمر كذلك لما احتيج الى شيء من التعليلين المذكورين في الكتاب لمسئلتنا هذه ولزم أن يكون ذلك من قبيل التزام ما لا يلزم فان مسئلة جواز الرجوع عن الوصية ستجيء بتفاصيلها وتفاريعها بعيد هذه المسئلة (قوله وقال أبو يوسف يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعا) قال بعض المتأخرين قلت هذا كلام ظاهري والا فالنفي في الرجوع عنها بمعنى فسخها ورفعها وفي الجحود بمعنى سلبها ونفي وقوعها وأين هذا من ذلك انتهى أقول ليس المراد بقول أبي يوسف ان جحود الوصية يكون رجوعا عنها أن الجحود والرجوع متحدان معنى بل المراد أنهما متحدان حكما وهو ابطال الوصية بان لا يثبت الملك للموصى له في تركة الموصي فكون النفي في الرجوع بمعنى الفسخ وفي الجحود بمعنى سلب الوقوع انما ينافي الاتحاد في المعنى لا الاتحاد في الحكم ومبنى استدلاله المذكور على الثاني دون الاول فلا محذور على أن ما ذكره ذلك البعض على تقدير وروده انما يؤول الى ما ذكره المصنف في

اشهدوا اني لم أوص لفلان لا بقليل ولا بكثير لا يكون هذا رجوعا لان قوله اشهدوا اني لم أوص لفلان طلب شهادة الزور منهم فيكون معناه قد أوصيت لفلان بكذا الا أني سألتكم أن تشهدوا لي بالباطل وطلب شهادة بالباطل لا يكون رجوعا لانه ليس بجحود حقيقة وما ذكره في المبسوط على الجحود الحقيقي وهو رجوع على الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول أبي يوسف قال شمس الائمة السرخسي هو الاصح لان المعلى قال في نوادره قال سألت أبا يوسف عن رجل أوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسألت محمدا قال لا يكون الجحود رجوعا وهو مختار المصنف واستدل لابي يوسف بان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال واذا كان نفي الحال وحده رجوعا فنفي الماضي والحال أولى أن يكون رجوعا

(والجحد أن الجحود) وهو أن يقول لم أوص لفلان أوما أوصيت له (نفي في الماضي) لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت مالم يغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة عن المطلوب فتأمل وقوله (أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال) دليل آخر تحقيقه ان أحدهما مركب من النفي والاثبات والآخر مجرد النفي فلا يكون الجحود رجوعا حقيقة ولا العكس أيضا وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وههنا قال والجحود نفي في الماضي والحال وبينهما تناف والثاني انه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ماقررناه في الانوار والتقرير ولهذا لا يكون بجحود النكاح فرقة يعني مستعارا للطلاق لان الجحود يقتضي عدم النكاح في الماضي والطلاق يقتضي وجوده فكانا متقابلين فلا يجوز استعارة أحدهما للآخر

ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغو أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون بجحود النكاح فرقة

التعليل الثاني لمحمد رحمه الله كما لا يخفى على المتأمل فلا وجه لنسبته الى نفسه بقوله قلت (قوله ولمحمد أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا) قال صاحب العناية في شرح هذا التعليل ولمحمد أن الجحود وهو أن يقول لم أوص لفلان أوما أوصيت له نفي في الماضي لكونه موضوعا لذلك والانتفاء في الحال ضرورة ذلك لاستمرار ذلك ان ثبت مالم يتغير واذا كان الكذب ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض أنه أوصى ثم جحد كان النفي في الماضي باطلا فيبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال فكان الجحود لغوا انتهى أقول فيه خلل أما أولا فلانه جعل اسم كان في قول المصنف واذا كان ثابتا في الحال الكذب وليس بمستقيم لان الكذب مما لم يتقدم ذكره في كلام المصنف لا لفظا ولا معنى ولا حكما فكيف يصح أن يكون اسم كان في قوله المذكور ضميرا راجعا الى الكذب وأما ثانيا فلانه لو كان المراد ذلك لزم أن يكون قول المصنف في الحال في قوله واذا كان ثابتا في الحال مستدركا لا طائل تحته فان ثبوت الكذب في الجحود يقتضي كون الجحود لغوا من غير فصل بين أن يكون ثبوت ذلك في الحال أو في غيره من الازمان وأما ثالثا فلانه لو كان المعنى ذلك لما تحقق الفائدة من قول المصنف والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فانه اذا كان الكذب في جحوده ثابتا بناء على كون الفرض انه أوصى ثم جحد كان جحوده لغوا باطلا لا حكم له أصلا سواء كان الانتفاء في الحال من ضرورة ذلك أو لم يكن من ضرورته ثم قال صاحب العناية وفي بعض الشروح جعل اسم كان في قوله واذا كان ثابتا في الحال الوصية وفي بعضها الحق وكلاهما مصادرة على المطلوب فتأمل انتهى أقول فيه نظر لان المصادرة على المطلوب انما تلزم أن لو كان معنى كلام المصنف واذا كانت الوصية أو الحق ثابتا في الحال لعدم كون الجحود رجوعا كان الجحود لغوا وليس معناه ذلك بل معناه واذا كان الايصاء أو الحق ثابتا في الحال لكونه كاذبا في جحوده اذ الفرض أنه أوصى فيما مضى ثم جحد كان الجحود لغوا حيث كان النفي في الماضي باطلا لظهور الكذب فبطل ماهو من ضرورته وهو الانتفاء في الحال ولا مصادرة في هذا كما لا يخفى على ذي مسكة (قوله أولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون بجحود النكاح فرقة) قال في العناية فيه نظر من وجهين أحدهما أنه قال في الدليل الاول ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك وهنا قال والجحود نفي في الماضي

(قوله واذا كان الكذب ثابتا في الحال) أقول لا يخفى عليك أن الكذب غير مذكور هنا ولا هو في حكم المذكور (ولو حتى يرجع اليه الضمير وأيضا اذا كان المراد ذلك كان التقييد بقوله في الحال خاليا عن الفائدة (قوله وكلاهما مصادرة عن المطلوب) أقول فيه بحث فانه اذا جعل اسم كان ضمير الوصية واستدل على صدق المقدم بما ذكره كما فعله الاتقاني لا يلزم المصادرة فان المدعى هو عدم كون الجحود رجوعا كما لا يخفى (قوله والجواب عن الاول أن قوله الخ) أقول ويجوز أن يجاب عنه أيضا بانه مبني على التنزل والتسليم (قوله وعن الثاني بأن الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي الخ) أقول وقد سبق منه أيضا في باب الوكالة بالخصومة والقبض

(ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا) لان الوصف يستدعي بقاء الاصل (بخلاف ما اذا قال فهي باطلة) لانه الذاهب المتلاشي (ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا) لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين (بخلاف ما اذا قال تركت) لانه اسقاط (ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا) لان اللفظ يدل على قطع الشركة (بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر) لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها (وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول) لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه (ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها) لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فيبقى للاول (ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهي للورثة) لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما) لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما (وان أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما أثلاثا) لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في أصحاب الديون فيجعل الأقل سهما والاكثر سهمين فصار ثلاثة أسهم سهم لصاحب الأقل وسهمان لصاحب الاكثر (وان أوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على أربعة أسهم عندهما وقال أبو حنيفة الثلث بينهما نصفان

والحال وبينهما تناف والثاني أنه لا يلزم من عدم كون الجحود رجوعا حقيقة عدم جواز استعماله فيه مجازا صونا لكلام العاقل عن الالغاء والجواب عن الاول أن قوله نفي في الماضي والحال معناه نفي في الماضي وضعا وحقيقة وفي الحال ضرورة لا وضعا وهو الاول فلا تنافي وعن الثاني بان الرجوع والجحود بالنظر الى الماضي متضادان والتضاد ليس من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية على ما قررناه في الانوار والتقرير انتهى أقول يرد على جوابه عن النظر الثاني أن جواز استعمال الجحود في الرجوع مجازا لا يتوقف على اعتبار علاقة المجاز التضاد بينهما حتى يلزم من عدم كون التضاد من مجوزات المجاز في الالفاظ الشرعية أن لا يجوز استعمال الجحود في الرجوع مجازا أصلا بل يجوز أن تكون العلاقة بينهما اشتراكهما في معنى خاص وهو كونهما نافيين في الحال وان كان الجحود نافيا في الماضي أيضا كما أفصح عنه في غاية البيان وعن هذا قال في الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبي يوسف رحمه الله ووجهه أن الجحود كذب حقيقة الا أنه يحتمل الفسخ مجازا فيحمل على المجاز وهو الفسخ صيانة لكلام العاقل عن الالغاء بقدر الامكان وأمكن حمله على الفسخ لان الموصي ينفرد بفسخ الوصية بخلاف البيع والاجارة اذا جحد أحد المتعاقدين لان هناك تعذر حمله على الفسخ لان أحد المتعاقدين هناك لا ينفرد بالفسخ حتى لو تجاحدا نقول بانفساخ العقد وبخلاف ما لو جحد الزوج النكاح من الاصل بان قال لم أتزوجك لان هناك أيضا تعذر حمله على الفسخ لان النكاح لا يحتمل الفسخ ولا يمكن أن يجعل كناية عن الطلاق اذ لا مشابهة بينهما لان الجحود نفي العقد والطلاق يقطع العقد ولا ينفيه انتهى بتصرف

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي

وقوله (ولو قال كل وصية أوصيت بها) واضح وقوله (لان اللفظ يدل على قطع الشركة) قيل لانه لم يذكر بينهما حرف الاشتراك وانما جعل تلك الوصية بعينها لغيره وقوله (لما بينا) اشارة الى هذا التعليل وقوله (وقد ذكرنا حكمه) يريد به ما تقدم من التوقف على اجازة بقية الورثة فان أجازوا جاز والا فلا

باب الوصية بثلث المال

لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم اجازة الورثة ثلث المال ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب قال (ومن أوصى لرجل بثلث ماله الخ) ومن أوصى لرجل بثلث ماله ثم أوصى لآخر أيضا بذلك فالورثة اما أن يجيزوهما أولا فان أجازوا فلهما الثلثان ولهم الثلث وان لم يجيزوا فالثلث بينهما نصفان اذ لا يزاد على الثلث حينئذ وليس أحدهما أولى به من الآخر فتساويا في سبب الاستحقاق والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق فان كان المحل يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يكن كرجلين أقاما البينة على نكاح امرأة تبطل البينتان جميعا وقوله (وان أوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس) واضح

وقوله (ولا يضرب أبو حنيفة) أي لا يجعل من ضرب في ماله سهما أي جعل ومفعول لا يضرب محذوف أي لا يضرب شيأ وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة وقيمة الآخر ستمائة وأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة والآخر لفلان بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بألف وللآخر بخمسمائة والكل وصية لانه في حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما أثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الآخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول أبي حنيفة وجب أن لا يضرب الموصى له بالالف في أكثر من خمسمائة وصورة السعاية أن يوصي بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ألفان ولا مال له غيرهما فان اجازت الورثة عتقا جميعا وان لم يجيزوا عتقا من الثلث وثلث ماله ألف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته ألفان ويسعى في الباقي والثلث للذي قيمته ألف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة أي المطلقة هي أن يوصي لرجل بألفين وللآخر بألف درهم وثلث ماله ألف درهم ولم تجز الورثة فانه يكون بينهما أثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته (٤٤٢) لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز أن يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصف ماله أو بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله لو كثر أو خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث (لهما في الخلافية) وهي ما اذا أوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلثه (ان الموصى قصد شيئين الاستحقاق) على الورثة فيما زاد على الثلث وتفضيل بعض أهل الوصايا على بعض (وقد امتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة) والسعاية والدراهم المرسلة ولابي حنيفة أن الوصية

لان

وقعت بغير المشروع وحاصله أن التفضيل انما يثبت بناء على الاستحقاق واذا بطل الاستحقاق بطل ما ثبت في ضمنه (كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع) تبطل ببطلان البيع وهذا لان الزيادة لما بطلت بقي كل منهما موصى له بالثلث وفي ذلك يتساويان فكذلك ههنا (بخلاف مواضع الاجماع) يعني المحاباة وأختيها وهو واضح وقوله (وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته) صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها وقوله (وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) يعني بأن كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال

ولا يضرب أبو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) لهما في الخلافية أن الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة وأختيها وله أن الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال فيبطل أصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بأن كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث

تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب كذا في النهاية والعناية (قوله وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته وقيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث) أشار بهذا الكلام الى صورة نقض ترد على وجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله بين المسائل الثلاث المجمع عليها وبين الخلافية وهي على ما ذكر في الكافي ومعراج الدراية ما اذا أوصى بعبد بعينه لانسان قيمته ألف وبعبد آخر بعينه لانسان آخر قيمته ألفان ولا مال له سواهما فان الخلاف المذكور ثابت فيه أيضا مع انه يتصور هنالك تنفيذ الوصية لكل واحد منهما في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة لاحتمال أن يزيد مال الميت فيخرج العبدان من الثلث وقال تاج الشريعة وصاحب العناية في تصوير صورة النقض ههنا بان كان عبدا أوصى به لرجل وبثلث ماله لآخر ولا مال له سوى العبد ولم يجز الورثة فالثلث بينهما نصفان وان احتمل أن يكتسب هذا العبد مالا فتصير رقبته مساوية لثلث المال أو يظهر له مال بحيث يصير العبد ثلث المال اه (أقول) فيه خلل لان الموصى به يصير اذ ذاك هو العبد وثلث المال ولا يتصور حينئذ تنفيذ الوصية لكل واحد من الموصى له في جميع ما سماه له بدون اجازة الورثة واذ زاد مال الميت جدا لان العبد يكون زائدا على الثلث في تلك الصورة لا محالة ولا

(قوله أي لا يجعل من ضرب في ماله سهما) أقول المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحساب وتفصيله في شرح الوقاية لصدر الشريعة (قوله وصورة الدراهم المرسلة أي المطلقة) أقول يعني غير المقيدة بأنها ثلث أو نصف أو نحوهما كذا في صدر الشريعة (قوله صورة نقض ترد على المسائل المجمع عليها) أقول أي على دليلها

وقوله (لان هنالك الحق تعلق بعين التركة) يعني أن حق الموصى له تعلق بعين التركة ولهذا لو هلكت العين بطلت الوصية وان استفاد مالا آخر وحق الورثة أيضا يتعلق بعين التركة فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة ولهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد فلم تتعلق بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قال (ومن أوصى بنصيب ابنه) ومن أوصى بنصيب ابنه وهو موجود بطلت وصيته وان لم يكن له ابن صحت (وان أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) كان له ابن أو لم يكن (لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت) بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا تجوز (والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشئ غيره وان كان يتقدر بقدره) وقال زفر جازت الاولى كالثانية نظرا الى حال الوصية فان المال كله له في ذلك الحال لكونه حيا بعد وللمالك أن يتصرف في ملكه كيف يشاء (وجوابه ماقلنا) وهو قوله لان الاول

وصية بمال الغير (قوله ولو أوصى بسهم من ماله) معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص منه فان قيل أخس الانصباء اقله والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه بما ذكر في الكتاب من الاثر واللغة أما الأثر فما روي عن ابن مسعود وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما روي أن السهم هو السدس وأما اللغة فان اياس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة عن السدس واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين في هذا الموضع اختلفت اختلافا لا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير

لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال (واذا أوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو أوصى بمثل نصيب ابنه جاز) لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشئ غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر يجوز في الاول أيضا فينظر الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ماقلنا قال (ومن أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند أبي حنيفة وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث الا أن يجيز الورثة) لان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية والاقل متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد عليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه الصلاة والسلام فيما روى

يصح تنفيذ مازاد على الثلث بدون اجازة الورثة فتكون تلك الصورة مخالفة للمسائل الثلاث المجمع عليها حيث أمكن في هاتيك المسائل الثلاث تنفذ الوصية في جميع ما سماه لهما في الجملة بخلاف تلك الصورة فلا تصلح لأن تكون صورة نقض الفرق المذكور من قبل أبي حنيفة هنا بل انما تكون نظير الخلافية المذكورة من قبل (قوله لان هنالك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة) هذا هو الجواب عن النقض الذي أشار اليه آنفا قال الزيلعي في التبيين بعد ما نقل ما في الهداية هنا وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث اه (أقول) ليس هذا النقض بوارد لان المحاباة متعلقة بالثمن لا بالعين وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال والوصية بالسعاية بمنزلة الدراهم المرسلة وكذا بالمحاباة لانها وصية بالثمن فصارت بمنزلة المال المرسل اه (قوله ولو أوصى بسهم من ماله فله أخس سهام الورثة الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه) اعلم أن هذا المحل من مداحض هذا الكتاب ولهذا تحير الشراح في حله فقال أكثرهم منهم صاحب العناية معناه فله السدس لا يزاد عليه ولا ينقص عنه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة انه

قال في الكافي فعلى رواية الأصل جوز أبو حنيفة النقصان من السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس في رواية المبسوط وقوله (ولا يزاد عليه) ليس في رواية الجامع الصغير فاما انه اطلع على رواية غيرهما واما أنه جمع بينهما (وقالا له مثل نصيب أحد الورثة ولا يزاد على الثلث الا أن يجيزه الورثة) ومفزعهما العرف (فان السهم يراد به أحد سهام الورثة عرفا لاسيما في الوصية والأقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد) أي الأقل (على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة الورثة) ولأبي حنيفة ماذكرناه آنفا في جواب السؤال من أثر ابن مسعود وقول اياس

(قوله ولم يجوز النقصان عن السدس) أقول الى هنا لفظ الكافي (قوله وقوله ولا يزاد عليه الخ) أقول فيه تأمل فان الظاهر ان المراد نفي الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما في الكتاب رواية الجامع الصغير

ولانه يذكر و يراد به السدس فان اياسا قال السهم فى اللغة عبارة عن السدس و يذكر و يراد به سهم من سهام الورثة فيعطى

لو كان المراد هذا المعنى لما كان لادائه بمثل هذا التركيب المعضل المشوش وجه وهل يليق هذا بمنصب المصنف وقال بعضهم معنى قوله ولا يزاد عليه فى هذه الصورة المستثناة فى الكتاب وهى ما اذا كان أخس السهام أنقص من السدس ليوافق رواية الجامع الصغير فعلى هذا يكون ما فى الكتاب ساكتا عن بيان الحكم اذا كان أخس السهام أزيد من السدس اه (أقول) لا يخفى على الفطن ان قول المصنف رحمه الله فى تعليل قول أبى حنيفة فى هذه المسئلة وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى أن يكون ما للموصى له فى هذه المسئلة عنده هو السدس مطلقا أى سواء كان أخس السهام هو السدس أو ناقصا عنه أو زائدا عليه فلا مجال لان يكون ما فى الكتاب موافقا لرواية الجامع الصغير على مقتضى التعليل المذكور فان فى رواية الجامع الصغير يجوز الزيادة على السدس دون النقصان عنه والتعليل المذكور ينافى ذلك وقال صاحب العناية فان قيل أخس الانصباء أقلها والثمن أقل من السدس فكيف جعله بمعنى السدس قلت جعله بمعناه لما ذكره فى الكتاب من الاثر واللغة اه (أقول) الجواب منظور فيه لان ما ذكر فى الكتاب انما يستدعى جعل السهم بمعنى السدس لا جعل أخس الانصباء الذى هو أقلها بمعنى السدس وكلام السائل فى الثانى دون الاول كما ترى والحق فى الجواب ما يفهم مما ذكر فى النهاية نقلا عن المبسوط وهو ان أقل الانصباء باعتبار الاصل وهو القرابة انما هو السدس وأما الثمن فانما هو أقلها باعتبار العارض وهو الزوجية وما يكون عارضا فى مزاحمة ما هو أصل كالمعدوم فيحمل اللفظ على أقل ما يستحق من السهام بالقرابة وهو السدس ثم قال صاحب العناية واعلم أن عبارة المشايخ والشارحين فى هذا الموضع اختلفت اختلافا فلا يكاد يعلم منه شئ وسبب ذلك اختلاف رواية المبسوط والجامع الصغير قال فى الكافى فعلى رواية الاصل جوز أبو حنيفة النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ورواية المصنف تخالف كل واحدة منهما لان قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ليس فى رواية المبسوط وقوله ولا يزاد عليه ليس فى رواية الجامع الصغير فاما أنه اطلع على رواية غيرهما واما انه جمع بينهما الى هنا لفظ العناية (أقول) كيف يتصور الجمع بينهما وقد صرح فى الكافى بأن أبا حنيفة جوز على رواية الاصل النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وجوز على رواية الجامع الصغير الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عن السدس ونقل صاحب العناية ما فى الكافى على وجه الارتضاء ومعنى رواية المصنف على ما صرح به الشارح المزبور فى صدر المسئلة ان أبا حنيفة رحمه الله لم يجوز النقصان عن السدس ولا الزيادة عليه فلا جرم تكون هذه الرواية منافية لكل واحدة من روايتى المبسوط والجامع الصغير لا تحتمل الجمع بينهما كما لا يخفى فلا وجه لقوله واما انه جمع بينهما وأورد بعض الفضلاء على قوله وقوله ولا يزاد عليه ليس فى رواية الجامع الصغير حيث قال فيه تأمل فان الظاهر ان المراد نفى الزيادة على السدس اذا نقص أخس السهام عن السدس لا مطلقا فحينئذ يكون ما فى الكتاب رواية الجامع الصغير اه (أقول) ليس هذا بمستقيم فان التعليل الذى ذكره المصنف من قبل أبى حنيفة رحمه الله تعالى بقوله وله أن السهم هو السدس الخ يقتضى لا محالة أن يكون المراد عما فى الكتاب نفى الزيادة على السدس مطلقا كما يقتضى أن يكون المراد به نفى النقصان عن السدس مطلقا فلا مجال لان يكون المراد به رواية الجامع الصغير كما لا مجال لأن يكون المراد به رواية الاصل وقد كنت نبهت عليه فيما مر آنفا (قوله ولانه يذكر و يراد به السدس الخ) قال

وقوله (ولانه يذكر و يراد به السدس الخ) مشكل وذلك لانه وقع فى بعض نسخ الهداية فيعطى ماذكرنا وفى بعضها فيعطى الأقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعنى ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لما ذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر و يراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما ذكر فى الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال فى الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فتام عمل بالدليلين وأما الثانية وهو قوله فيعطى الأقل منهما يؤدى الى النقصان عن السدس وفى الكتاب الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس

(قوله وقد قال فى الكتاب ولا يزاد عليه) أقول فيه بحث اذ ليس المراد نفى الزيادة مطلقا بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا من السدس فيصلح ذلك دليلا لما فى الكتاب ثم يرد عليه أن العمل بالدليلين يوجد اذا أعطى السدس اذا كان أخس السهام أكثر وأعطى ذلك اذا كان أقل مع ان فيه العمل بالمتيقن فجعل ماذكر دليلا لرواية المبسوط أولى كما لا يخفى

ماذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء

وأيضا قوله (ماذكرنا) ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان أراد به الأقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس وأرى أن المراد بقوله ماذكرناهو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ماذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين فان كان هذا مراده فهو كما ترى تعمية وان كان غير ذلك فالله أعلم به وجهد المقل دموعه وصورة المسئلة ما اذا أوصت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا وبنتا على رواية الجامع الصغير يعطى السدس في قول أبي حنيفة (٤٤٥) وعندهما يعطى الربع أي مثل الربع فيعطى الخمس فتجعل المسئلة على قوله على ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له بسهم بقيت خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في أصل المسئلة مخرج الكسر وهو أربعة تبلغ أربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في أربعة فهو أربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي للبنت وعلى قولهما على خمسة يزاد مثل أخس سهام الورثة وهو واحد على الفريضة وهي أربعة فتصير خمسة يعطى الموصى له سهما والزوج سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له ومابقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصي أوصى بمثل نصيب الزوج ومثل الشئ غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة ليكون المزيد مثلا للربع وأما على رواية الاصل فتخريجه كتخريجهما وعلى هذا قس أمثالها وخرجها على الروايتين وقوله (قالوا) أي مشايخنا (كان هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء)

صاحب العناية قوله ولانه يذكر ويراد به السدس الخ مشكل لانه وقع في بعض نسخ الهداية فيعطى ماذكرنا وفي بعضها فيعطى الاقل منهما وفسر الاولى بعض الشارحين فقال يعني ان كان أخس سهام الورثة أقل من السدس يعطى السدس لماذكرنا أن السهم عبارة عن السدس وان كان أخس السهام أكثر منه يعطى ذلك لان السهم يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة عملا بالدليلين فان كان مراده بقوله ذلك أخس السهام وان كان أكثر من السدس فليس ذلك بدليل لما في الكتاب فان فيه الزيادة على السدس وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه وان كان مراده السدس فانه عمل بالدليلين اهـ واعترض بعض الفضلاء على قوله وقد قال في الكتاب ولا يزاد عليه حيث قال فيه بحث اذ ليس المراد نفي الزيادة مطلقا بل على تقدير كون أخس السهام ناقصا عن السدس فيصلح ذلك دليلا لما في الكتاب اهـ (أقول) قد مر منا غير مرة أن قول المصنف رحمه الله في تعليل هذه المسئلة من قبل أبي حنيفة بقوله وله أن السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام يقتضي كون المراد من مسئلة الكتاب نفي الزيادة مطلقا فلا يصلح ماذكره بعض الشارحين دليلا عليه كما قاله صاحب العناية ثم قال صاحب العناية وأما الثانية وهو قوله فيعطى الاقل منهما فتؤدي الى النقصان عن السدس وفي الكتاب الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس وأيضا قوله ماذكرنا ان أراد به السدس فلا تعلق لقوله وقد يذكر ويراد به سهم من سهام الورثة بالدليل لانه يتم بقول اياس وان أراد به الاقل منهما عاد الاعتراض المذكور وهو الاداء الى النقصان عن السدس اهـ وقصد بعض الفضلاء أن يجيب عن قوله وأيضا قوله ماذكرنا الخ حيث قال لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود رضي الله عنه فليتأمل اهـ (أقول) ليس هذا بشئ لان أثر ابن مسعود رضي الله عنه هو الدليل الاول فلو كان معنى الدليل الثاني ماذكره ذلك القائل كان مدار هذا الدليل أيضا أثر ابن مسعود فيلزم التكرار والاستدراك كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية وأرى أن المراد بقوله ماذكرناهو الاقل منهما ليكون معنى النسختين واحدا وأشار بذلك الى رواية المبسوط وهي ماذكرنا من جواز النقصان دون الزيادة على السدس تنبيها بذلك على أن المذكور في الكتاب من قوله الا أن ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه ليس رواية واحدة وانما هو مركب من روايتين اهـ

(قوله وأيضا قوله ماذكرنا الخ) أقول لم لا يجوز أن يكون معنى الكلام أن السهم يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى السدس لتعينه بأثر ابن مسعود فليتأمل (قوله وأرى أن المراد بقوله ماذكرناهو الاقل) أقول كيف يراد ماذكره وأثر ابن مسعود يدل على تعين السدس فلا يستقيم التفريع في قوله فيعطى وأرى ان ذلك ليس اشارة الى رواية المبسوط ولا الى رواية الجامع الصغير والا فيلزم المخالفة بين الدليلين فتدبر (قوله على رواية الجامع الصغير يعطى السدس) أقول بل ذلك رواية المبسوط على مانقله من الكافي وعلى رواية الجامع الصغير يعطى له الربع (قوله وأما على رواية الاصل فتخريجه الخ) أقول فيه نظر بل على رواية الجامع الصغير تخريجه كتخريجهما

قال (ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم) لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لاتمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان قال (ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى غيره سدس مالى لفلان فله سدس واحد) لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال

(أقول) هذا الذى ذهب اليه سقيم جدا لاينبغى أن يريده العاقل فضلا عن مثل المصنف الفطن الكامل فان قوله فيعطى ماذكرنا مذكور بصدد اقامة الدليل على ماقدمه من الرواية المخالفة لرواية المبسوط ورواية الجامع الصغير كما اعترف به هذا الشارح فيما قبل فكيف يصح منه الاشارة فى الدليل الى مايخالف المدعى وينافيه ثم ان كون المذكور فى الكتاب مركبا من روايتى المبسوط والجامع الصغير مما لامجال له كما بيناه فيما قبل فلا وجه لقوله وانما هو مركب من روايتين (قوله ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لاتمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان) قال صاحب التسهيل أقول دلت هذه المسئلة على ان أحدا لو أقر بمجهول كقوله لفلان على دين ولم يبين قدره فمات مجهلا يجبر ورثته على البيان وكذا لو أقيم البينة على اقراره بمجهول ينبغى أن يقبل ويجبر ورثته على البيان اهـ ورد عليه بعض المتأخرين حيث قال بعد نقل ذلك قلت ماذكره قياس مع الفارق لان الاقرار ولو بمجهول يوجب تعلق الغير به من وقت الاقرار فيجبر المقر على بيانه بطلب المقر له فاذا فات الجبر فى حياته بوفاته سقط سيما اذا كان بتقصير من المقر له فلم ينب عنه ورثته بخلاف الوصية بمجهول لعدم ثبوت حق الغير الا بعد موت الموصى فقبل موته لايجبر على بيانه وبعد موته تعلق الحق بتركته ولايمكن جبره فيجبر من يقوم مقامه احياء لحق ثابت اهـ (أقول) ليس هذا بسديد لانهم صرحوا بأن ليس من شرط القياس أن يكون المقيس فى معنى المقيس عليه من كل الوجوه بل يكفى الاشتراك فى علة هى مدار الحكم فى المقيس عليه فمجرد الفرق بين مانحن فيه وبين الاقرار بالمجهول فى كون تعلق حق الغير به فى الاقرار من وقت الاقرار وفى الوصية بعد الموت لايضر بصحة القياس المنفهم مما ذكره صاحب التسهيل وانما يضربها الفرق فى العلة التى هى مدار الحكم وهو ليس بمتحقق هنا فانه لما كان مدار ثبوت الجبر بالبيان لورثة الموصى الذين يقومون مقام الموصى احياء حق ثابت بالوصية كان ينبغى أن يثبت الجبر بالبيان لورثة المقر بالمجهول أيضا اذا مات مجهلا احياء لحق ثابت بالاقرار وقول ذلك البعض فاذا فات الجبر فى حياة المقر بوفاته سقط ان أراد به انه سقط عنه الحق أصلا فليس بصحيح اذ لاشك انه لاتسقط حقوق العباد المتعلقة بالمال بموت من عليه الحق بل تؤخذ من تركته وان أراد به أنه سقط عنه الجبر لعدم امكانه وان كان بقى أصل الحق عليه فهو مسلم لكن لانسلم قوله فلم ينب عنه ورثته فانه لما بقى حق المقر عليه وكان ذلك عليه مجهولا محتاجا الى البيان لعدم امكان القضاء بالمجهول وكان من عليه الحق عاجزا عن البيان بعد موته كان ينبغى ان ينوب عنه ورثته فى البيان كما فى الوصية بالمجهول تأمل تقف (قوله ومن قال سدس مالى لفلان ثم قال فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر له ثلث مالى وأجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه) لان الكلام الثانى يحتمل أنه أراد به زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد به ايجاب ثلث على السدس حتى يصير المجموع نصفا وعند الاحتمال لايثبت له الا القدر المتيقن فيجعل السدس داخلا فى الثلث حملا لكلامه على المتيقن هذا زبدة مافى الشروح قال بعض المتأخرين بعد ذكر الدليل على هذا المنوال هكذا قالوا وهذا كما ترى حمل للكلام على أحد محتمليه ولك أن تقول لما كان الكلام محتملا للمعنيين وكان القدر الثابت به بيقين على الاحتمالين الثلث قلنا ماثبت

ولو أوصى بجزء من ماله قيل للورثة أعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير أن الجهالة لاتمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان) ولو أوصى ببعض من ماله أو بطائفة أو بنصيب أو بشئ فالحكم كذلك وقوله (وأجازت الورثة فله ثلث المال) فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل أنه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل أنه أراد بها ايجاب الثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على مايملكه وهو الايصاء بالثلث

وقوله (والمعرفة متى أعيدت يراد بالثانى عين الاول) قد قررناه فى التقرير مستوفى بتوفيق الله تعالى قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه) ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه (فهلك ثلثاذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله فله جميع مابقى وقال زفر له ثلث مابقى لان كل واحد منهما) أى من الهالك والباقى (مشترك بين الورثة والموصى له والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى مابقى منه عليهما وصار كما اذا كانت التركة أجناسا مختلفة) وهو القياس (ولنا أن هذا جنس واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق أحدهم فى الواحد) أى يمكن جمع حق شائع لكل واحد فى (فرد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة) مع مافيه من الجمع واذا أمكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيمابقى تقديما للوصية على الارث لان الموصى له جعل حاجته فى هذا المعين مقدمة على حق الورثة بقدر الموصى به فكان حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل فى مال اشتمل على أصل وتبع اذا هلك شئ منه أن يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك بعضه يصرف الهالك الى الربح الذى هو تبع لا الى رأس المال (وصارت الدراهم) أى صارت الوصية بثلث الدراهم كالوصية بالدرهم الواحد ولو أوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم فهلك درهمان وبقى درهم وهو يخرج من الثلث كان له الدرهم فكذلك هذا وقوله (بخلاف الاجناس المختلفة)

جواب عن قول زفر كما اذا كانت التركة أجناسا ووجهه أن الجمع فيها غير ممكن فانه اذا تركها وطلب بعض الورثة القسمة وأبى الباقون فان القاضى لايجبرهم على القسمة لان الغرض من القسمة الانتفاع فلابد من المعادلة وهى فيها متعذرة واذا تعذر الجمع تعذر التقديم لان فيه الجمع فبقى الكل مشتركا بين الورثة والموصى له أثلاثا فما هلك هلك على الشركة ومابقى بقى عليها أثلاثا وظهر من هذا قوله ولو أوصى بثلث ثيابه وأما اذا أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه من جنس واحد أو بثلث ثلاثة من الدور فليس له الاثلث الباقى لكثرة التفاوت هكذا أجاب محمد فى الجامع الصغير من غير ذكر خلاف واختلف المشايخ (فقيل هذا قول أبى حنيفة وحده لانه لايرى الجبر على القسمة) فيها أما على قولهما فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق فيكون للموصى له العبد الباقى والدار الباقية لان للقاضى أن يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم فى عبد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس والى هذا مال الفقيه أبو الليث والامام فخر الاسلام وقيل المذكور فى الجامع قول الكل لان عندهما لايجب على القاضى القسمة بل يجوز له (أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك) أى بدون اجتهاد القاضى وجمعه (يتعذر الجمع) واذا هلك لم يكن هناك فعل من القاضى فكان المال على الشركة مابقى وما هلك (والاول) وهو أن يكون فى المسئلة اختلاف (أشبه للفقه المذكور) وهو أن أبا حنيفة لايرى الجبر على القسمة فى الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها أجناسا مختلفة وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا

والمعرفة اذا أعيدت يراد بالثانى عين الاول هو المعهود فى اللغة قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه فهلك ثلثاذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله فله جميع مابقى) وقال زفر له ثلث مابقى لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ماتوى منه على الشركة ويبقى مابقى عليهما وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا أن فى الجنس الواحد يمكن جمع حق أحدهم فى الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها فى الواحد الباقى وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لايمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال (ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقى ثلثها وهو يخرج من ثلث مابقى من ماله لم يستحق الاثلث مابقى من الثياب قالوا هذا) اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذلك المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجرى فيه الجمع جبرا بالقسمة (ولو أوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الاثلث الباقى وكذا الدور المختلفة) وقيل هذا على قول أبى حنيفة وحده لانه لايرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل لان عندهما للقاضى أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع والاول أشبه للفقه المذكور

به من الوصية هو الثلث لكن لابطريق حمله على أحد محتمليه كما زعم بل بجعله بمنزلة أن يقال بدأ ثلث مالى وصية لان المتيقن ثبوت الثلث بمجموع الاحتمالين لاباولهما الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا بشئ اذلاشك أن المتيقن ثبوت الثلث بأول الاحتمالين فان زيادة السدس على السدس كما هو الاحتمال الاول يقتضى ثبوت الثلث بلاريب وانضمام الاحتمال الثانى اليه انما يفيد جواز ارادة النصف

(قوله لان كل واحد منهما أى من الهالك والباقى) أقول ويجوز أن يكون المعنى كل فرد من نوعى الدراهم والغنم بل هذا المعنى الأم لقوله يتوى ماتوى الخ قال العلامة الاتقانى فى وجه قول زفر ان الموصى لما مات بقى المال مشتركا بين الورثة والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة واذا بقى يبقى على الشركة فكذلك ههنا الذى هلك هلك أثلاثا والذى بقى بقى أثلاثا وبقول زفر نأخذ فهو القياس انتهى وفيه فوائد لاتحصى (قوله وظهر من هذا قوله) أقول قوله قوله فاعل ظهر

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم) ومن أوصى لرجل بألف درهم (وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين) بأن كان له ثلاثة آلاف درهم نقدا (دفع) الالف منه (الى الموصى له) وان لم يخرج فان كان النقد ألفا دفع منه اليه ثلثه (وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث) والاصل فى المال المشترك التسوية فى حق كل من الشركاء بلا بخس ولا بخس فى حق احد بتخصيص الموصى له بالعين (٤٤٨) فى الاول فيصار اليه وفى الثانية بخس فى حق الورثة بتخصيص الموصى له بالعين (لان العين فضلا على الدين) على ماذكر فى الكتاب فكان فيما ذكرنا تعديل النظر للجانبين قيل الموصى به ألف من المال والدين ليس بمال فان من حلف أنه لا مال له لم يحنث مديونه له على الناس سلمناه ولكن لا نسلم أن الموصى له شريك الورثة مطلقا فان من أوصى لرجل بشئ معين وهو يخرج من الثلث فهلك فلا ضمان على الوارث ولو كان شريكا له لوجب على الوارث حصة الموصى له فيما بقى من المال والجواب عن الاول أن الموصى به ألف أعم من أن يكون مالا فى الحال أو فى المآل لان الوصية تتعلق بالتركة وكلاهما تركة وعن الثانى بانه شريك الوارث اذا كانت فى غير معين وأما فى المعين فان الوارث كالمودع لا يضمن اذا لم يتعد وقوله (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله) واضح واندفع بقوله (فلا يزاحم الحى) ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان للباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث ولم يفرق بين علم الموصى بحياته وعدمه فى ظاهر الرواية لان استحقاق الحى منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصى وفى هذا لا فرق بين العلم وعدمه

قال (ومن أوصى لرجل بألف درهم وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له) لانه أمكن ايفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شئ من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفى الالف لان الموصى له شريك الوارث وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال فى مطلق الحال وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال (ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد) لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار

ولا تأثير له فى ثبوت الثلث لثبوته بدون ذلك فالمعنى الصحيح هنا ما ذكره الجمهور ولا مازاده ذلك البعض من عند نفسه وقال صاحب العناية فان قيل اذا أجازت الورثة كان الواجب أن يكون له نصف المال والا لم يبق لقوله وأجازت الورثة فائدة فالجواب أن معناه حقه الثلث وان أجازت الورثة لان السدس يدخل فى الثلث من حيث انه يحتمل انه أراد بالثانية زيادة السدس على الاول حتى يتم له الثلث ويحتمل انه أراد به ايجاب ثلث على السدس فيجعل السدس داخلا فى الثلث لانه متيقن وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث اهـ (أقول) فى قوله وحملا لكلامه على ما يملكه وهو الايصاء بالثلث بحث لان ما يملكه انما يكون هو الايصاء بالثلث اذا لم تجز الورثة وأما اذا أجازت كما هو المفروض هنا فيملك الايصاء بما زاد على الثلث أيضا ويملكه الجازة من قبل الموصى عندنا كما مر فى أوائل هذا الكتاب فلا يتم هذه العلة تدبر (قوله لانه أمكن ايفاء كل ذى حق حقه من غير بخس فيصار اليه) أقول فيه تأمل فانه انما يظهر أن لو كان حق الموصى له فى العين خاصة وليس كذلك بل هو شائع فى العين والدين معا كما صرحوا به وقالوا الاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شائعة فى كل المال لكون الموصى له اذ ذاك شريك الورثة وعن هذا لا يأخذ الالف كلا فى صورة ان لم يخرج الالف من ثلث العين واذا كان حق الموصى له شائعا فى جميع التركة الذى هو العين والدين كشيوع حق الورثة فيه كان تخصيص حق الموصى له بالعين فى صورة ان خرج الالف من ثلث العين بخسا فى حق الورثة كما فى الصورة الاخرى اذ يلزم حينئذ أن يأخذ الموصى له جميع حقه من العين الذى له فضل على الدين ويأخذ الورثة بعض حقهم من العين وبعض حقهم من الدين وهذا بخس فى حقهم لا محالة مناف لما يقتضيه حق الشركة من تعديل النظر للجانبين فليتأمل فى الدفع ولعله تسكب فيه العبرات (قوله ومن أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحى الذى هو من أهلها كما اذا أوصى لزيد وجدار) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام واندفع بقوله فلا يزاحم الحى ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات ثم مات أحدهما فان للباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما حال الملك ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث اهـ (أقول) فى تقرير الشارح المذكور هنا قصور أما أولا فلانه أضاف اندفاع الاشكال

(قوله فان للباقى نصف الثلث لوجود المزاحمة بينهما) أقول قد سبق أن الوصية تملك بالقبول الا فى مسئلة فتذكر فانه ينفعك ههنا

(قوله حال الملك) أقول يعنى حال موت الموصى

وعن أبي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم ألا ترى أن من قال ثلث مالي لزيد وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث قال (ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت) لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذلك اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو أوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا أنه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل بفواته عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات

بالمسئلة التي ذكرها الى قوله فلا يزاحم الحي مع ان اندفاعه بمجموع التعليل بل بقوله لان الميت ليس بأهل للوصية في الحقيقة وانما قوله فلا يزاحم الحي متفرع على ذلك والاصل أن يضاف الحكم الى الاصل دون الفرع وأما ثانيا فلأن الظاهر من قوله لوجود المزاحمة بينهما حال الملك أن يكون المراد بالمزاحمة المنفية في قول المصنف فلا يزاحم الحي هو المزاحمة حال الملك وهي حال موت الموصي وذلك مع كونه غير تام في نفسه لانه اذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصي كان للباقي منهما نصف الثلث لا كله كما صرحوا به مع أن العلة هنالك أيضا التزاحم وان التزاحم فيه انما يتصور في حال ايجاب الموصي لا في حال الملك اذا كان أحدهما ميتا في حال الملك ولا تزاحم للميت غير مطابق لما ذكره الشارح المذكور في تعليل جواب ظاهر الرواية فيما بعد حيث قال ولم يفرق بين علم الموصي بحياته وعدمه في ظاهر الرواية لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعدم المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه اهـ وأما ثالثا فلأنه لم يتعرض لبيان اندفاع الاشكال بمسئلة أخرى أيضا بعبارة الكتاب وهي أي تلك المسئلة ما اذا أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة فمات أحدهما قبل موت الموصي فان للباقي نصف الثلث هنالك أيضا كما ذكرنا من قبل مع ان التعليل المذكور في الكتاب يفيد اندفاع ذلك أيضا فالتقرير الظاهر الواسع في شرح هذا المقام ما أفاده صاحب النهاية حيث قال وبهذا التعليل خرج الجواب عما لو أوردوا شبهة على هذه المسئلة بأن قالوا ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما لو أوصى لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات الموصي ثم مات أحدهما كان للباقي نصف الثلث والنصف الآخر لورثة الميت منهما وكذلك لو مات أحدهما قبل موت الموصي كان للباقي نصف الثلث ولكن هنا كان النصف الآخر للموصي لما ان في المسئلة الاولى قد تمت الوصية لهما بموت الموصي ثم بعد ذلك موت أحدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه مقامه كموت أحد الورثة بعد موت المورث وفي المسئلة الثانية لما مات أحدهما قبل موت الموصي بطلت حصته لان الوصية في معنى عقد مضاف الى ما بعد الموت فيشترط بقاء من أوجب له عند وجود الوصية ولم يوجد حيث مات قبل موت الموصي فيبطل نصيبه كما لو مات أحد الورثة قبل موت المورث وللآخر نصف الثلث لان الانقسام قد حصل بينهما عند الايجاب لكون كل واحد منهما أهلا لايجاب الوصية له فيبطل حق أحدهما لا يزداد نصيب الآخر كما لو رد أحدهما الوصية كان للآخر نصف الثلث وهذا على خلاف مسئلة الكتاب فان فيها للحي كل الثلث لان الميت ليس من أهل الوصية له فانما ينتقص حقه باثبات المزاحمة ولم تثبت المزاحمة حيث كان الآخر ميتا فبقي الثلث للحي منهما بمنزلة ما لو قال ثلث مالي لفلان وللمولى فالثلث كله

والضمير في قوله لان الوصية عنده للموصي والباقي ظاهر وقوله (ومن أوصى بثلث ماله) ظاهر

فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما أضافه الى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو أوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا أضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل

لفلان الى هنا لفظ النهاية فتبصر (قوله ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعله جزأ من الغنم) اعلم أنه وقع في عبارة الوقاية ولا شاة له موضع ولا غنم له الواقع في عبارة الهداية في وضع هذه المسئلة فقال صدر الشريعة في شرحه للوقاية واعلم أنه قال في الهداية ولا غنم له وقال في المتن ولا شاة له وبينهما فرق لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم لكن اذا لم يكن له غنم لا يلزم أن لا يكون له شاة لاحتمال أن يكون له واحد لا كثير فعبارة الهداية تناولت صورتين ما اذا لم يكن له شاة أصلا وما يكون له شاة لا غنم له ففي الصورتين تبطل الوصية وعبارة المتن لم تتناول الا الصورة الاولى ولم يعلم منها الحكم في الصورة الثانية فعبارة الهداية أشمل لكن هذه أحوط اه كلامه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال في شرحه انما قال ولا شاة له ولم يقل ولا غنم له كما قال صاحب الهداية لان الشاة فرد من الغنم فاذا لم يكن له شاة لا يكون له غنم بدون العكس والشرط عدم الجنس لا عدم الجمع حتى لو وجد الفرد تصح الوصية يفصح عن ذلك قول الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي فان الحنطة اسم جنس لا اسم جمع اه وقال في حاشيته اخطأ ههنا صدر الشريعة حيث قال تبطل الوصية في الصورتين اه وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه حيث قال بعد نقل كلام صدر الشريعة واعترض عليه بعض الافاضل بما حاصله ان عبارة الوقاية هي الصواب وأن الحكم في وجود الفرد صحة الوصية وزعم أن الشرط عدم الجنس لا عدم الجمع قلت بعد تسليم أن الغنم جمع أو اسم جمع لا اسم جنس أن نفي الغنم كما وقع في عبارة الهداية وعامة الكتب هو الصواب وأنه لا تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الشرط عدم الجمع لا عدم الجنس كما زعمه المعترض لانه أوصى بشاة من غنمه فاذا لم يكن له غنم بل فرد لم يتحقق شاة من غنمه فتبطل الوصية فهذا هو السر في تعميم الغنم دون الشاة الى هنا كلامه (أقول) الظاهر عندي مما ذكروه في تعليل هذه المسئلة أن تصح الوصية بوجود شاة واحدة لان الموصى به في هذه المسئلة وهو الشاة يصير موجودا حينئذ فتصير الوصية بشئ موجود لا معدوم ولا مانع لصحة الوصية ههنا سوى كون الموصى به معدوما فاذا وجدت شاة واحدة انتفى المانع نعم لا يوجد حينئذ ما أضيفت الشاة اليه من الغنم على تقدير أن يكون الغنم اسم جمع لا اسم جنس لكون المقصود من الاضافة الى الغنم تعيين ان مراده عين الشاة لا ماليتها ويحصل ذلك المقصود من مجرد الاضافة اليها ولا يقتضي وجودها البتة كوجود الشاة التي هي الموصى به ومما يرشد الى كون جواب هذه المسئلة فيما اذا لم توجد شاة أصلا أنه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي أو قفيز من حنطتي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه لانه لما أضافه الى الغنم علمنا أن مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزأ من الغنم وأنه يصلح جزأ للغنم بصورته ومعناه فصارت الوصية بشئ معدوم

وقوله (فالصحيح أن الوصية تصح) احتراز عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه أضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين كما لو أوصى بهذه الشاة ولم تكن في ملكه ثم ملك فانها غير صحيحة قال الفقيه أبو الليث هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه أضاف الوصية الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال وقوله (وعلى هذا يخرج كثير من المسائل) فمنها ما ذكره في المبسوط بقوله لو قال بقفيز من حنطة من مالي وبثوب من مالي فانه يصح الايجاب وان لم يكن ذلك في ملكه بخلاف ما اذا قال من حنطتي أو من ثيابي فانه اذا لم يوجد ذلك في ملكه أو هلك قبل موته فلا شئ للموصى له والفرق ما ذكرناه

(قوله قال الفقيه أبو الليث) أقول في كتاب نكت الوصايا

قال

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده) ماذكره واضح صورة وتعليلا خلا قوله وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة فانه يحتاج الى بعض بيان وهو ان الوصية لهن جائزة استحسانا والقياس أن لا تصح لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فانما تستحق الوصية بعد موت مولاها وذلك حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهى أمة فتستحق الوصية وهى أمة والوصية لامته بشئ غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها لا الى حال حلول العتق بها دلالة حال الموصى لان الظاهر من حاله أن يقصد وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هى المضافة الى ما بعد عتقها فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح الوصية لها قياسا أجيب بان الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكان وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا ومضافا بخلاف أم الولد فان الوصية لها بذلك ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثمة وصية أصلا ولقائل أن يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهى حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفى القياس وان كان الثانى فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل وقوله (وادناه فى الميراث) قيد بذلك احترازا عن فصل الزكاة فان لفظ الجمع هنالك منصرف الى الواحد بالاجماع بين أصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع فى الميراث مصروفا الى الاثنين والوصية فى معناه من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع

هنالك أيضا منصرفا الى الاثنين وقوله (نجد ذلك فى القرآن) يريد به قوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس والمراد بها الاثنان فصاعدا وقد عرف فى موضعه وكذا قوله (وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل)

قال (ومن أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم) قال رضى الله عنه وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة أسهم لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما فى الزكاة لمحمد رحمه الله أن المذكور لفظ الجمع وادناه فى الميراث اثنان نجد ذلك فى القرآن فكان من كل فريق اثنان وأمهات الاولاد ثلاث فلهذا يقسم على سبعة ولهما أن الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث

قال (ولو أوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما) وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو أوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه

ولا وجود له عند الموت أيضا فلا تصح اه تأمل تفهم (قوله وأصله أن الوصية لامهات الاولاد جائزة) وهذا استحسان وكان القياس أن لا تصح الوصية لام الولد لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فهى

(قوله والوصية لأمته بشئ غير رقبتها باطلة) أقول فيه بحث لان بطلان الوصية لامته بشئ غير رقبتها انما هو

لانها ليست من أهل أن تملك ماسوى رقبتها ولانها تكون وصية للوارث وليس احدى تينك العلتين موجودة فى أم الولد أما الاولى فلان الموصى له يملك الوصية بالقبول وهى حينئذ حرة أهل لان تملك وأما الثانية فلانها لا تنتقل الى الورثة حتى يلزم الوصية للوارث فليتأمل (قوله فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته) أقول وفى المحيط وفى الكافى فى المتفرقات من كتاب الوصايا ولو أوصى بثلث ماله لعبده عتق ثلثه بعد موته عند أبى حنيفة لانه من جملة مال الميت فملك ثلث نفسه كما يملك ثلث سائر أمواله ومن ملك نفسه عتق وسعى فى ثلثى قيمته للوارث وملك ثلث سائر أمواله لانه كالمكاتب عنده والوصية للمكاتب صحيحة وعندهما يعتق كله و يبدأ بالعتق من الثلث فان فضل شئ دفع اليه وهى حينئذ فرع تجزى الاعتاق انتهى وفى المحيط ولو أوصى لعبده بشئ من رقبته يصح ولو أوصى له بشئ من ماله لا يصح لان العبد من أهل أن يملك رقبته وليس من أهل أن يملك ما سوى رقبته ولان الوصية لعبده بمال وصية لوارثه لان الملك فى العبد والموصى به يقع لوارثه والوصية لوارثه باطلة فاما الوصية بالرقبة فوصية له لا لوارثه لان الوصية بالرقبة اعتاق ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق لانه أوصى له بثلث رقبته فان رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقى المال لانه حر وان كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال لانه حر عندهما و بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة والوصية للحر أو للمكاتب جائزة وان بقى كان ثلث ما بقى من المال مثل ثلثى السعاية يتقاصان وان كان أكثر أخذ الفضل منهم وان كان أقل أعطى الفضل انتهى كلامه

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) لان الشركة للمساواة لغة وقد أمكن اثباته بين الكل بما قلناه لاتحاد المال لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان

انما تستحق الوصية بعد موت مولاها وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها فالعتق يحلها وهي أمة والوصية لامته بشيء غير رقبتها باطلة وجه الاستحسان أن الوصية مضافة الى ما بعد عتقها الى حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصي لان الظاهر من حاله أن يقصد بايصائه وصية صحيحة لا باطلة والصحيحة هي المضافة الى ما بعد عتقها كذا في عامة الشروح وعزاه جماعة من الشراح الى الذخيرة (أقول) فيما ذكر وامن وجه القياس نظر لان قولهم وبعد موت مولاها حال حلول العتق بها ممنوع بل حال حلول العتق بها انما هي حال موت مولاها لا بعد موت مولاها اذ لا شك ان أم الولد تعتق حين موت مولاها ولا ينتظر عتقها الى ما بعد موته فهي بعد موت مولاها حرة فلم تكن الوصية لام الولد وصية للامة في شيء فلم يتم وجه القياس ولم يحتج الى ما تكلفوه في وجه الاستحسان ولعل الامام قاضيخان والامام المحبوبي عن هذا قالا انما جاز الوصية لامهات أولاده فلان أوان ثبوت الوصية وعملها بعد الموت وهن حرائر بعد الموت فتجوز الوصية لهن كما ذكره صاحب النهاية نقلا عنهما ثم قال في العناية فان قيل الوصية بثلث المال لعبده جائزة ولم يعتق بعد موته وأم الولد ليست أقل حالا منه فكيف لم تصح لها الوصية قياسا أجيب بأن الوصية بثلث المال للعبد انما جازت لتناوله ثلث رقبته فكانت وصية برقبته والوصية برقبته اعتاق وهو يصح منجزا أو مضافا بخلاف أم الولد فان الوصية ليست اعتاقا لانها تعتق بموت المولى وان لم يكن ثم وصية أصلا ولقائل ان يقول الوصية بثلث المال اما ان صادفتها بعد موت المولى وهي حرة أو أمة فان كان الاول فلا وجه لنفي القياس وان كان الثاني فكذلك لانها كالعبد الموصى له بثلث المال والجواب أنها ليست كالعبد لان عتقها لا بد وان يكون بموت المولى فلو كان بالوصية أيضا توارد علتان مستقلتان على معلول واحد بالشخص وهو ثلث رقبتها وذلك باطل الى هنا لفظ العناية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان السؤال الثاني وجوابه لغو من الكلام بعد أن ذكر ما قبلهما على الوجه الذي قرره لان الترديد الواقع في هذا السؤال ان كان على موجب الاستحسان دون القياس فالشق الاول متعين ولا معنى لقوله فلا وجه لنفي القياس وان كان على مقتضى القياس كما هو الظاهر فالشق الثاني مختار والفرق بين أم الولد والعبد الموصى له بثلث المال قد علم في جواب السؤال الاول قطعا فلا معنى للاعادة (قوله ومن أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة) قال صاحب النهاية وهذا استحسان وفي القياس له نصف كل مائة لان لفظ الاشراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان انه أثبت الشركة بينهم وهي تقتضي المساواة وانما تثبت المساواة اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة أما اذا أخذ من كل واحد منهما نصف المائة حصل له مائة فلا تثبت المساواة بينهم فعلم بهذا انه أشركه معهما جملة واحدة فلا يعتبر باشراكه اياه مع كل واحد منهما متفرقا انتهى واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه بحث لان الشركة للمساواة لغة كما صرح به المصنف فيقتضي لفظ الاشراك التسوية بلا ريب فان كان معنى قول الموصي للثالث قد اشركتك معهما اشراكه معهما جملة واحدة أي التسوية بين الكل لا اشراكه مع كل واحد منهما منفردا أي تسويته مع كل واحد بنصف نصيبه

قال (ومن أوصى لرجل بمائة درهم) صورة المسئلة ظاهرة ودليلها وجه الاستحسان والقياس أن يكون له نصف كل مائة لان لفظ الاشراك يقتضي التسوية عند الاطلاق قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث وقد اشرك الثالث فيما أوصى به لكل واحد منهما في استحقاق المائة وذلك يوجب أن يكون له نصف كل مائة وجه الاستحسان أنه أثبت الشركة وهي تقتضي المساواة والمساواة انما تثبت اذا أخذ من كل واحد منهما ثلث المائة بمقتضى اشراكه اياهما جملة واحدة وانما يأخذ نصف كل مائة لو كان اشراكه مع كل واحد منفردا وليس كذلك (بخلاف ما اذا أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم كان الاشراك) أي ثم قال لآخر أشركتك معهما فان له نصف كل مال كل منهما لان تحقق المساواة فيهم غير ممكن (لتفاوت المالين) فلا بد من العمل بمفهوم لفظ الاشراك (فحملناه على مساواته لكل واحد منهما كما هو وجه القياس) عملا باللفظ بقدر الامكان)

قال (ومن قال لفلان على دين فصدقوه) معناه قال ذلك لورثته (فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كأنه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة قال (وان أوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة) لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة أخرى وهو أن أحد الفريقين قد يكون أعلم بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة (واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم) لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا أقر كل فريق بشئ ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين (فيؤخذ أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثي ما أقروا) تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه

بعينه فلا معنى لوجه القياس المذكور وان كان معناه هو الثاني فلا معنى لوجه الاستحسان المذكور وبالجملة ما ذكره الشارحان المزبوران من وجهي القياس والاستحسان معنيان متضادان لا يمكن اجتماعهما في محل واحد فمعنى كلام الموصى لغة وعرفا أحدهما لا غير فلم يصلح هذه المسئلة للقياس والاستحسان على ما ذكراه وعن هذا لم أر أحدا ذكر القياس والاستحسان في هذه المسئلة سوى ذينك الشارحين والذي يظهر من كلام المصنف هو أن التسوية بين الكل هو المعنى فيما أمكن تحقق المساواة بين الكل والا يحمل على المساواة مع كل واحد بنصف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان وبهذا فرق بين المسئلتين كما ترى ولا غبار فيه (قوله وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان) يعني لا يحكم به الا اذا قرن ببيان من جهة المقر وقد فات بموته كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول لم لا ينوب عنه الورثة في البيان كما في الوصية بالمجهول مثل ان أوصى بجزء من ماله فانه يقال هناك للورثة أعطوا ما شئتم بناء على أنه مجهول يتناول القليل والكثير والورثة قائمون مقام الموصى فاليهم البيان كما مر في الكتاب فتأمل (قوله واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ الخ) قال صاحب العناية حاصله أنه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين اه وقد سبقه تاج الشريعة الى بيان حاصل هذا المقام بهذا الوجه (أقول) فيه كلام وهو أن العمل بمجموع الشبهين ان كان أمرا واجبا كما هو الظاهر المعروف فما بالهم لم يعملوا بشبه الاقرار في هذا التصرف اذا لم يوص بوصايا غير ذلك كما تقدم بل جعلوه وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كما اذا قال اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالي ولم يعتبروا شبه الاقرار قط حيث

وقوله (ومن قال) يعني لورثته (على لفلان دين فصدقوه) يصدق الى الثلث استحسانا (وفي القياس لا يصدق لانه أقر بمجهول) والاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكن اذا اقترن به من جهة المقر بيان وقد فات بموته وقوله فصدقوه يعني فيما قال لا يصلح بيانا لكونه (صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا من كل وجه فلا يعتبر وجه الاستحسان أنا نعلم أن المقر قصد بهذا الكلام تقديمه على الورثة) وهو ما لك لذلك في الثلث وأمكن تنفيذه بطريق الوصية فينفذ فان قيل لو كان قصده الوصية لصرح بها أجاب بقوله (وقد يحتاج) أي المقر الى مثل هذا الكلام لعلمه بأصل الحق الذي عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فجعلها) أي هذه الوصية (وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كأنه قال اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق الى الثلث دون الزيادة) وقوله (فان أوصى بوصايا غير ذلك الخ) واضح وحاصله أنه تصرف يشبه الاقرار لفظا ويشبه الوصية تنفيذا فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخصص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين

(قوله فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة) أقول فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل

وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال (ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث) لانه أوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا أوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل وللاجنبي

لم يجعلوا له حكما أصلا في تلك الصورة وان لم يكن ذلك أمرا واجبا فكيف يصلح ذلك تعليلا لجواب هذه المسئلة في هذه الصورة واعترض عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث فانه لا يؤخذ بقوله في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا فتأمل اهـ وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال في الحاشية بعد نقل ذلك قلت بعد تسليم ذلك ان عدم التصديق في الزيادة على الثلث لا يوجب التصديق في الثلث فالمعنى لا يصدق في صورة دعوى الزيادة بل يؤخذ بقولهم فلا اعتبار فيه فتأمل اهـ (أقول) ليس هذا بمستقيم فان مراد ذلك المعترض أنه لا يؤخذ بقول المدعي في هذه الصورة لا في الثلث ولا في أقل منه كما لا يؤخذ بقوله في الزيادة على الثلث بل يؤخذ بقول الورثة وأصحاب الوصايا بالغا ما بلغ فمن أين يظهر اعتبار شبه الوصية وليس مراده أن قول صاحب العناية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة يدل على أن يصدق في الثلث وما دونه وليس كذلك حتى يتم الجواب عنه بما ذكره ذلك المجيب تأمل تقف ثم ان الامام الزيلعي استشكل هذا المحل بوجه آخر حيث قال في شرح الكنز هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وههنا الزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شئ فوجب أن لا يلزمهم تصديقه انتهى (أقول) هذا الاشكال ساقط جدا اذ لا يلزم الورثة في هذه الصورة ان يصدقوه الى الثلث كما لا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وانما اللازم لهم ولاصحاب الوصايا في هذه الصورة أن يصدقوه فيما شاؤا وليس في هذه الصورة الزام الورثة أن يصدقوه في أكثر من الثلث فان أصحاب الوصايا فيما اذا كانت الوصايا تستغرق الثلث كله لا يأخذون الثلث بطريق التملك التام بل انما يأخذونه بطريق العزل والافراز فكان ذلك الثلث باقيا على حكم جواز تصرف الورثة فيه بتصديقهم المدعي فيما شاء ولا يضر بذلك عدم بقاء ذلك الثلث في أيديهم من جهة العزل والافراز ولئن سلم عدم بقاء ذلك الثلث المخصوص في أيديهم من كل الوجوه حتى من جهة جواز تصرفهم فيه بتصديقهم المدعي أيضا فيكفي جواز التصرف لهم في مطلق الثلث الشائع في جميع المال وعن هذا قالوا ان هذا تصرف يشبه الاقرار والوصية فباعتبار شبه الوصية لا يصدق في الزيادة على الثلث وباعتبار شبه الاقرار يجعل شائعا في الاثلاث ولا يخص بالثلث الذي لاصحاب الوصايا عملا بالشبهين تأمل ترشد (قوله وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك) قال بعض المتأخرين ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه ويحلف أصحاب الوصايا بالباقي من الثلث في أيديهم فتأمل اهـ (أقول) ليس هذا بكلام صحيح أما قوله ينبغي أن لا يحلف الورثة اذا بلغ ما أخذ من الفريقين ثلث المال ان كان ما ادعاه زائدا عليه فلأن تحليف الورثة فيما اذا كان ما ادعاه زائدا على الثلث ليس بموجب هذه المسئلة بل لكون المدعي هنالك ممن يدعي حقا لنفسه من تركة الميت ولا ريب أن ادعاء ما زاد على الثلث من تركة الميت لا يمنع صحة الدعوى فاذا صحت الدعوى فلا جرم يحلف الورثة اذا أنكروا ما قوله ويحلف أصحاب الوصايا بالباقي من الثلث في أيديهم فلأن دعوى الدين لا تختص بالثلث الذي في أيدي أصحاب الوصايا بل يختص بثلث مال الميت

وقوله (ومن أوصى لاجنبي ولوارثه) ظاهر

وهذا

وقوله (وهذا) أى هذا الايصاء (بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبى حيث لا يصح فى حق الاجنبى) كما لا يصح فى حق الوارث (لان الوصية انشاء تصرف) أى ابتداء تمليك من غير أن يكون بينهما شركة قبلها والشركة انما تثبت حكما له عقيبه فحيث لم يقع التمليك الذى هو السبب صحيحا لا يثبت حكمه وهو الشركة فكان نصيب كل منهما مفرزا عن نصيب الآخر بحسب صحة السبب وعدمها وأما فى الاقرار فسبب الشركة غيره وهو ما كان سببها قبلها فان الاقرار يقتضى سبق المخبر به وهو المال المشترك بينهما وفى ذلك أى فى الاقرار بالمال المشترك اقرار للوارث على ما ذكر فى الكتاب وهو باطل ولا فرق فى ذلك بين ما اذا تصادقا على ذلك أو جحد الاجنبى أو الوارث ذلك أو أنكراه جميعا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد اذا لم يتصادقا صح فى حصة الاجنبى لان الوارث مقر ببطلان حقه و ببطلان حق شريكه فيبطل فى نصيبه و يثبت فى نصيب الآخر وفالا اثباته مشتر كا هو المبطل وقد وجد ولقائل أن يقول هذا الاقرار بالنظر الى الاجنبى صحيح و بالنظر الى الوارث غير صحيح فما وجه ترجيح جهة الفساد بحيث تعدى الى ابطال حق الغير فالجواب أن وجه ذلك هو القاعدة المستمرة وهى أن اليقين لا يزول بالشك وتقريره أن حصة كل منهما غير ممتازة عن غيرها ففى كل جزء فرضته يشتركان فيثبت للاجنبى الملك فيه بالنظر الى صحة الاقرار له ولا يثبت بالنظر الى الوارث ولم يكن له ملك قبل الاقرار فلا يثبت بالشك وقوله (بقاء وبطلانا) أى بقاء فى حق الاجنبى و بطلانا فى حق الوارث يعنى تبقى الوصية صحيحة فى حق الاجنبى وتبطل فى حق الوارث لامتياز حصة كل منهما عن حصة الآخر قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردىء الخ) رجل له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردىء تخرج من ثلث ماله وأوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات فهلك أحد الاثواب ولا يدرى أيها هو وقالت الورثة لكل واحد منهم بعينه قد هلك الثوب الذى هو حقك كانت الوصية باطلة لكون المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصى

وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبى حيث لا يصح فى حق الاجنبى أيضا لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح فى حق من يستحقه منهما وأما الاقرار فاخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة فى الماضى ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبى شيأ كان للوارث أن يشاركه فيبطل فى ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفى الانشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال (ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط وردىء فأوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة) ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل

مطلقا والمدعى فيما اذا ادعى زائدا على الثلث انما يدعى الدين فى حق الزيادة على الثلث لا الوصية حتى لو ادعى الوصية فيه لا تسمع دعواه رأسا فضلا عن التحليف (قوله ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك) أقول فى ظاهر تعبير المصنف ههنا فساد لان هلاك حق كل واحد منهم انما يتصور فيما اذا ضاع الاثواب الثلاثة معا والمفروض فى وضع المسئلة أن يضيع ثوب واحد منها غير معلوم الخصوصية فكيف يصح أن يقول الوارث لكل واحد منهم الثوب الذى هو حقك قد هلك فانه كذب ظاهر لا ينبغى أن يسمع اصلا فضلا عن أن يترتب عليه حكم شرعى بل قوله لواحد منهم بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك يقتضى الاعتراف بكون الثوبين الباقين لصاحبيه والاولى فى التعبير ما ذكره شرح الجامع الصغير سيما الصدر الشهيد والامام قاضيخان وهو أن المراد بجحود الورثة أن يقولوا حق واحد منكم بطل ولا ندرى من بطل حقه ومن بقى حقه فلا نسلم اليكم شيأ والذى يمكن فى توجيه كلام المصنف أن يكون مراده بمعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب الذى قد هلك يحتمل أن يكون حقك فكأنه تسامح فى العبارة بناء على ظهور

قال المصنف (ولانه لو قبض الاجنبى شيأ الخ) أقول ينبغى أن يتأمل أنه هل يمكن جعله دليلا بلا ملاحظة الدليل الاول قال المصنف (حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا) أقول لانه لو صح فى نصيب الاجنبى فما أخذ يأخذ الوارث نصفه منه لانه أخذ بعض دين مشترك فى زعمه فيبطل ذلك النصف و يصير للورثة فيرجع الوارث ثانيا عليه بنصف ما بقى فى يده لانه لم يسلم له ما أخذ أولا واستحق هكذا الى أن يبقى فى يده فلس فلا يكون مفيدا فى حق الاجنبى فافهم الا أن هذا التقرير لا يلائم ظاهر كلام المصنف ثم لا يزال يقبض فيبطل فى ذلك القدر لكن الامر سهل

(الا أن تسلم لهم الورثة الثوب بين الباقين) فان المانع حينئذ قد زال فيقسم فيما بينهم على ماذكر المصنف فى الكتاب وهو واضح اذا ابتدأ بتعليل جانب صاحب الجيد وصاحب الردىء وان ابتدأ بتعليل جانب صاحب الوسط فله وجه آخر وهو أن يقال الهالك ان كان أرفع من الباقين فحق صاحب الوسط فى الجيد منهما وان كان الهالك أردأ من الباقين فحق صاحب الوسط فى الردىء منهما فحقه يتعلق بهذا مرة وبذلك أخرى وان كان الهالك هو الوسط فلا حق له فى الباقين فاذا كان حقه يتعلق بكل واحد من الباقين فى حال ولا يتعلق فى حالين فيأخذ ثلث كل واحد فبقى صاحب الجيد وصاحب الردىء فصاحب الجيد يدعى الجيد ولا يدعى الردىء لانه لا حق له فيه قطعا وصاحب الردىء يدعى الردىء دون الجيد فيسلم ثلثا الجيد لصاحب الجيد وثلثا الردىء لصاحب الردىء وقوله (واذا كانت الدار بين رجلين) ظاهر الى قوله ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع وأما قوله (هذا) ففيه بحث وهو أنه قال فى كتاب القسمة والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات

ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بانه قال هنالك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى العروض الا أنها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكره ههنا لان الجبر لا يجرى فى المبادلة و يكون معنى قوله هنالك ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد

قال المصنف (لانه اما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما) أقول ويحتمل أن يكون الجيد هو الجيد الاصلى (قوله فاذا كان حقه يتعلق الخ) أقول مثلا يتعلق بالجيد حال كون الهالك أجود ولا يتعلق به حال كونه وسطا وحال كونه أردأ من الردىء وقس عليه تعلقه وعدمه بالردىء قال المصنف (وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر) أقول قال الاتقانى ولنا فيه نظر لانه على هذا التقدير كان ينبغى أن يكون نصيب شريك الموصى خمسة وأربعين ذراعا فينقص اذن منه خمسة أذرع لان نصيبه من جميع الدار خمسون ذراعا كاملا وقد نقص الخ فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تمليك الموصى ملك شريكه وليس له ذلك وأيضا اذا كان للموصى له سهمان من أحد عشر ينقص نصيبه لا محالة لان سهمين من أحد عشر أقل من خمسة وأيضا يزداد حق الورثة أيضا بسهم لان لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصى ونصيبه خمسون ذراعا وربع للموصى له عشرة من نصيبه فبقى أربعون وهم أخذوا خمسة أخرى وقال بعض المشايخ يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على خمسة اسهم أخرى عندهما فالعشرة أذرع للموصى له وأربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة سهما وهذه القسمة أصح عندى انتهى هذا النظر يرد على تقدير الكافى ورودا ظاهرا

قال (الا أن يسلم الورثة الثوب بين الباقين فان سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون فثبت الادون ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون) لان صاحب الجيد لا حق له فى الردىء بيقين لانه اما أن يكون وسطا أو رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الردىء لا حق له فى الجيد الباقى بيقين لانه اما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل أن يكون الردىء هو الردىء الاصلى فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق الا ثلث الجيد وثلث الردىء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال (واذا كانت الدار بين رجلين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت فى نصيب الموصى فهو للموصى له) عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع فى نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الاول ويوقف الثانى وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التى هى مبادلة لا تنفذ الوصية السالفة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت فى نصيب الموصى تنفذ الوصية فى عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع فى نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية فى بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها اذا قتلت خطأ تنفذ الوصية فى بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه فى جميع البيت اذا وقع فى نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع

المراد ووافقه صاحب الكافى فى هاتيك العبارة مع ظهور ركاكتها (قوله ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة) قال صاحب العناية

وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه أو لان مراد الموصى من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن الا انه يتعين البيت اذا وقع فى نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وان وقع فى نصيب الآخر عملنا بالتقدير

والى هذا أشار بقوله (وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه) والباقى ظاهر وقوله (اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى فى الجارية الموصى بها

فيه بحث وهو انه قال فى كتاب القسمة والافراز هو الظاهر فى المكيلات والموزونات ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض وما نحن فيه من العروض فكيف كانت المبادلة فيه تابعة وأجيب بأنه قال هنالك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى العروض الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء وما نحن فيه كذلك فكان معنى المبادلة فيه تابعا كما ذكر ههنا لان الجبر لا يجرى فى المبادلة ويكون معنى قوله هنالك ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض اذا لم تكن من جنس واحد والى هذا أشار بقوله وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه اه وقد سبقه الى أصل هذا السؤال والجواب صاحب النهاية (أقول) قد خبط الشارحان المزبوران فى الجواب المذكور جدا حيث قصدا التوفيق بين كلامى المصنف فى المقامين ولكن خالفا صريح ما ذكره المصنف فى كتاب القسمة وما اطبقا عليه مع سائر الشراح فى بيان مراده هنالك فان المصنف قال هنالك بعد قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض الا انها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد وقال معنى المبادلة مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء الديون وقال ذلك الشارحان وسائر الشراح فى شرح ذلك المقام لما ورد على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض أن يقال لو كان معنى المبادلة هو الظاهر فى الحيوانات والعروض لما أجبر القاضى على القسمة فى ذلك أجاب بقوله الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضى على القسمة عند طلب أحد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد ولا منافاة بين الجبر والمبادلة فان المبادلة مما يجرى فيه الجبر لدفع الضرر عن الغير كما فى قضاء الدين فان المديون يجبر على قضاء الدين والديون تقضى بأمثالها فصار ما يؤدى بدلا عما فى ذمته اه ولا يذهب على ذى مسكة ان مضمون الجواب المذكور هنا مما ينافى ذلك والصواب فى حل مراد المصنف بقوله هنا ومعنى المبادلة فى هذه القسمة تابع على وجه يندفع عنه السؤال الذى تمحل الشارحان المزبوران لدفعه ما تمحلاه أن يقال يعنى ان معنى المبادلة وان كان ظاهرا فى غير المكيل والموزون الا انه يجعل ذلك المعنى فى هذه القسمة تابعا ويجعل معنى الافراز فيها مقصودا تصحيحا لتصرف الموصى وقصده الذى هو تكميل المنفعة فان مبنى الوصية على المساهلة وسرعة الثبوت وقد أفصح عن هذا المعنى الامام قاضيخان حيث قال ولهما ان القسمة فيما لا يكال ولا يوزن وان كانت مبادلة من وجه حتى لا ينفرد أحدهما بالقسمة ولو اشتريا دارا واقتسما لم يكن لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما اشترى فهى افراز فى حق بعض الاحكام ألا يرى أنه يجبر عليها ولو بنى أحدهما فى نصيبه بعد القسمة بناء ثم استحق الارض لا يرجع على شريكه بقيمة البناء ولا يثبت للشفيع الشفعة فى القسمة والمشترى لو قاسم البائع لم يكن للشفيع نقضه ولو كانت القسمة مبادلة من كل وجه لكانت الاحكام على عكسها فثبت انها افراز من وجه مبادلة من وجه فتجعل افرازا فى حكم الوصية تصحيحا للوصية لان مبناها على المساهلة وسرعة الثبوت ولهذا صحت الوصية بالمعدوم على خطر الوجود كالثمرة والغلة واذا جعلت القسمة افرازا ظهر أنه أوصى بما يملكه اه تدبر (قوله وان وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرناه) يعنى فى الجارية الموصى بها كذا فى العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ليس قدر ذرعان جميعه مما وقع فى نصيبه عوضه أى

وقوله (أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين) يعنى فى وقوعه فى نصيب الشريك (والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر) يعنى فى وقوعه فى نصيبه وقوله (فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة) فان قيل ينبغى أن يقسم نصيب

أولانه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد فى جزاء الطلاق مطلق الولد وفى العتق ولد حى ثم اذا وقع البيت فى نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له و بين الورثة على عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على أحد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى فان دفعه فهو جائز وله أن يمنع) لان هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لان الوصية فى مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى قال (واذا اقتسم الابنان تركة الاب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الاب أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما فى يده) وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع فى التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده بخلاف ما اذا أقر أحدهما بدين لغيره لأن الدين مقدم على الميراث

عوض جميع ذلك البيت الواقع فى نصيب الآخر بل قدر ذرعان نصفه مما وقع فى نصيبه عوض نصفه ولا معاوضة فى نصفه الآخر لان الدار بجميع أجزائها كانت مشتركة بين الموصى وصاحبه فيكون ذلك البيت وما وقع فى نصيب الموصى مشتركين بينهما قبل القسمة فالمعاوضة بعد القسمة انما تتصور بين نصف ذلك البيت الواقع فى نصيب الآخر و بين قدر ذرعان نصفه ذلك مما وقع فى نصيب الموصى وأما نصفه الآخر وقدر ذرعان نصف ذلك مما وقع فى نصيب الموصى فباقيان على حالتهما الاصلية فى ملك الموصى وصاحبه فلم يكن قوله اما لانه عوضه صالحا لان يكون دليلا مستقلا فى افادة المطلوب ههنا وهو أن يكون قدر ذرعان جميع البيت الموصى به ملكا للموصى له عندهما فيما اذا وقع ذلك البيت فى نصيب الآخر بدون ملاحظة أحد الدليلين الآتيين وتحرير المصنف يقتضى استقلاله فيها كما ترى فتأمل (قوله والفرق له أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له الخ) أقول فيه كلام وهو أن هذا الفرق انما يمشى فى صورة ان وقع البيت بعد القسمة فى نصيب الموصى وأما فى صورة ان وقع بعدها فى نصيب الآخر فلا لان الموصى حينئذ كان مقرا بملك الغير لغيره ولم يصر مالكا له بعد ذلك حتى يؤمر بتسليمه الى المقر له ومسئلتنا تعم الصورتين فلا يتم التقريب (قوله وجه الاستحسان انه أقر بثلث شائع فى التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا بثلث ما فى يده) قال صاحب التسهيل أقول مضى فى فصل اقرار المريض ان ابنه لو أقر بأخ فجحده أخوه الآخر دفع اليه

الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما فى عشرة أذرع بقى حق الورثة فى أربعين قلنا زعم الورثة أن حقهم فى خمسة وأربعين وحق الموصى له فى خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه فى عشرة وحق الورثة فى أربعين فيعتبر زعم كل فريق فجعلنا كل خمسة سهما فصار الكل أحد عشر وقوله (وقيل لا خلاف فيه لمحمد) بل قوله فى الاقرار كقولهما فى الوصية والباقى ظاهر قال (ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف) ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينها فبلغه فاما أن يجيز الوصية أولا فان كان الثانى بطلت وان كان الاول جازت فان دفعها الى الموصى له تمت وان لم يدفع فله أن يمنع وان أجازها لان هذا تبرع بمال الغير الى آخر ما ذكر فى الكتاب وهو واضح

(قوله وحق الموصى له فى خمسة تمسكا بمذهب محمد وزعم الموصى له أن حقه فى عشرة) أقول فيه بحث فلم لم يعتبر زعمه تمسكا بمذهب محمد اذا وقع البيت فى نصيبه قال المصنف فيكون

(والامتناع لحق الورثة) أقول وقد مر فى أوائل كتاب الوصايا ان كل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا خلافا للشافعى

الى قوله (فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه) فان كان الدين مستغرقا جميع نصيبه دفعه اليه كله والباقى ظاهر وقوله (فلا يخرج عنها بالانفصال كما فى البيع) يعنى تسرى الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض واذا سرت الوصية الى الولد صار كان الولد كان موجودا فأوصى بهما وقيمتهما مثل نصف المال تنفذ الوصية فى ثلثى كل واحد منهما كذلك ههنا (وله أن الام أصل) يعنى فى الوصية (والولد تبع فيه) أى فى الوصية على تأويل الايصاء وانما كانت الام أصلا لان الايجاب تناولها قصدا ثم سرى حكم الايجاب الى الولد ولا مساواة بين الاصل والتبع فتنفذ الوصية بالام ثم يكون له من الولد قدر ما بقى من الثلث وتنفيذ الوصية فى جميع الام كان مستحقا قبل الولادة فلا يعتبر بزيادة المال لانه يؤدى الى نقصها فى بعض الاصل وذلك لا يجوز لان فيه ابطال الاصل بالتبع وقوله (الا أنه لا يقابله بعض العوض) جواب عما يقال لا نسلم أن تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى الى نقصه فى الاصل فان بعض الثمن لا يقابله شئ فى ذلك وفيه نقض له بحصته ووجهه انه انما لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض فان العوض الواحد لا يقابل بعوضين لكن لا يوجب ذلك النقض فى المبيع لان الثمن تابع الى آخر ما ذكره وقوله (واذا اتصل به القبض) انما قيد بذلك لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون أن لو كان معوضا بالاصل حتى لو هلك قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شئ من الثمن بل يأخذ الام بجميع الثمن والله أعلم

فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شئ الا أن يسلم للورثة مثلاه ولانه لو أخذ منه نصف ما فى يده فربما يقر الابن الآخر به أيضا فيأخذ نصف ما فى يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث قال (ومن أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له) لان الام دخلت فى الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل فى الوصية فيكونان للموصى له (وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا فى قول أبى يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الام فان فضل شئ أخذه من الولد) وفى الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوى ثلثمائة درهم فأوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوى ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد دخل فى الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما فى البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله أن الام أصل والولد تبع والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية فى بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع فى التبع لا يؤدى الى نقضه فى الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع فى البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا (هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له) لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

المقر نصف نصيبه كما قال زفر رحمه الله تعالى هنا لانه أقر بالمساواة وعند مالك يدفع اليه ثلث نصيبه كما قلنا هنا نحن والحاصل اننا عملنا هنا بأصل مالك ثمه وعمل زفر هنا بأصلنا ثمه فلا بد للائمة الحنفية من الفرق بين الاقرار والوصية أو الاتحاد ويحتمل أن يكون فى المسئلة روايتان الى هنا لفظ التسهيل وقصد بعض المتأخرين أن يجيب عنه فقال بعد نقل ذلك قلت الفرق بينهما بين فان المساواة من اللوازم البينة للاخوة دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة فالاقرار بالاخ يتضمن الاقرار بالمساواة بخلاف الاقرار بالوصية فانه لا يتضمن الاقرار بها اه (أقول) ليس هذا بشئ فان الذى من لوازم الاخوة انما هو المساواة فى جملة التركة لا المساواة فيما فى يد أحد الاخوين فقط كنصف التركة مثلا والا يلزم أن يكون حصة أحد الاخوة النصف وحصة مجموع الاخوين النصف وهذا ظاهر البطلان والمساواة فى جملة التركة انما تقتضى كون حصة الاخ المقر له ثلث ما فى يد المقر لا نصفه كما فيما نحن فيه من الاقرار بوصية ثلث المال فورد ما قاله صاحب التسهيل من مطالبة الفرق بين المسئلتين ثم ان قول ذلك البعض دون الوصية بالثلث فانها ليست من لوازمها فضلا عن كونها بينة ليس بتام أيضا لان المساواة انما لا تكون من لوازم مطلق الوصية مع مطلق الورثة وأما فيما نحن فيه فالمساواة لازمة قطعا لانحصار الوارث فى الابنين وكون اقرار أحدهما بوصية المورث لرجل بثلث ماله فلا بد من الفرق بين المسئلتين بوجه آخر كما لا يخفى

قال المصنف (أما الموصى له بالثلث شريك الوارث) أقول وكذا الأخ الذى أقر أحد الابنين باخوته وأنكر الآخر شريك للوارث مع أنه يعطى له نصف ما فى يد المقر كما سبق فى آخر كتاب الاقرار فلا بد من الفرق قال المصنف (وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا) أقول الظاهر أنه بالحاء المهملة أى ما يصير حصته منهما يقال حصنى منه كذا أى صار حصتى منه

﴿فصل في اعتبار حالة الوصية﴾ قال في النهاية لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل احكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما أن هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصلي مقدم على العارض قوله (واذا أقر المريض لامرأة) واضح مبناه أن المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا وقوله (لان الاقرار ملزم) فيه تلويح الى رد قول زفر وهو ان الاقرار أيضا باطل لان اقرار المريض بمنزلة التمليك ولهذا يصح للوارث ووجه ذلك أن الاقرار يثبت الحكم بنفسه من غير توقف على أمر زائد كالموت في باب الوصية وقوله (الا أن الثاني يؤخر عنه) أي تنفيذ حكم الاقرار في حالة المرض يؤخر عن تنفيذ حكم الاقرار الذي في حالة الصحة (بخلاف الوصية لانه) يعني الوصية بتأويل الايصاء وقوله (وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فاعتق) يعني لا تصح الوصية والهبة لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره ههنا وذكر في كتاب الاقرار أنه ان لم يكن عليه) أي على العبد (دين يصح) الى آخر ما ذكر في الكتاب

قال

﴿فصل﴾ في اعتبار حالة الوصية قال (واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار و بطلت الوصية والهبة) لان الاقرار ملزم بنفسه وهي أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة الصحة أو في حالة المرض الا أن الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث قال (واذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله) أما الهبة والوصية فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده أو بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه أقر لمولاه وهو أجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت وأما الهبة فيروى أنها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح

﴿فصل في اعتبار حالة الوصية﴾ لما ذكر الحكم الكلي في الوصية وهو الحكم الذي يتعلق بثلث المال ذكر في هذا الفصل أحكاما تتعلق بالاحوال المتغيرة من وصف الى وصف لما ان هذه الاحوال بمنزلة العوارض والاحكام المتعلقة بثلث المال بمنزلة الاصول والاصل مقدم على العارض كذا في الشروح (قوله واذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشئ أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار و بطلت الوصية والهبة) قال صاحب النهاية وهذا بناء على ان المعتبر في جواز الوصية وفسادها كون الموصى له وارثا وغير وارث يوم الموت لا يوم الوصية والمعتبر في فساد الاقرار وجوازه كون المقر له وارثا للحال لان الاقرار تمليك للحال فمتى كان المقر له وارثا يوم الاقرار لا يصح اقراره اذا كان المقر مريضا اه واقتفى أثره في هذا التقرير صاحب العناية (أقول) في عبارتهما خلل حيث قالا لان الاقرار تمليك للحال مع انهم قد صرحوا في كتاب الاقرار بأن الاقرار ليس بتمليك بل هو اظهار للمقر به وقالوا ولهذا لو أقر لغيره بالمال والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له أخذه وفرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ان المريض اذا أقر بجميع ماله لاجنبي صح اقراره ولا يتوقف على اجازة الورثة ولو كان تمليكا مبتدأ لم ينفذ الا بقدر الثلث عند عدم اجازتهم فحق العبارة أن يقال لان الاقرار تصرف في الحال كما قاله المصنف رحمه الله في أوائل كتاب الوصايا فتذكر (قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا) قال صاحب النهاية والعناية في شرح هذا المقام أي لا تصح الوصية والهبة له لان الوصية مضافة الى وقت الموت أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره هنا وذكر في كتاب الاقرار انه ان لم يكن عليه أي على العبد دين يصح اه (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ان ما ذهبا اليه في شرح هذا المقام مما يأباه سداد

﴿فصل في اعتبار حالة الوصية﴾ (قوله أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكره ههنا) أقول فيه بحث فان لفظ الجامع الصغير ههنا هكذا على ما نقله الاتقاني وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك ان كان الابن عبدا فاعتق في هذا اه

وقوله (والمقعد والمفلوج) المقعد من لا يقدر على القيام والمفلوج من ذهب نصفه وبطل عن الحس والحركة (والاشل) من شلت يده (والمسلول هو الذي به مرض السل) وهو عبارة عن اجتماع المرة في الصدر ونفثها وقوله (صار طبعا من طباعه) يعني خرج من أن يكون مريضا مرض الموت فيعتبر تصرفه من جميع المال (فلو صار بعد ذلك صاحب فراش فهو كمرض حادث) فيعتبر فيه تصرفه من الثلث كما لو تصرف عندما أصابه ذلك وصار صاحب فراش ومات من أيامه (لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم)

﴿ باب الاعتاق في مرض الموت ﴾

الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل قال (ومن أعتق عبدا في مرضه) كلامه واضح

﴿ باب العتق في مرض الموت ﴾

قال المصنف (ويضرب به مع أصحاب الوصايا) أقول الاظهر أن يقال يضرب كل من هؤلاء بحكم كل من العتق والمحاباة والهبة مع أصحاب الوصايا أي في الثلث

قال (والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال) لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث (وان وهب عندما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش) لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

﴿ باب العتق في مرض الموت ﴾

قال (ومن أعتق في مرضه عبدا أو باع وحابى أو وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا)

المعنى وانتظام الكلام فانهما حملا قول المصنف وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا على عدم صحة الوصية والهبة فقط مع ان الظاهر من قوله المذكور عموم عدم الصحة للصور الثلاث المذكورة فيما قبل جميعا وهي الاقرار والهبة والوصية لانه كان عاما لها في المسئلة السابقة فانتظام اطلاق التشبيه في قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا يقتضي العموم لها في هذه المسئلة أيضا سيما مع انضمام قوله لما ذكرنا اليها فان ما ذكره من قبل من الدليل يدل على عدم الصحة في الصور الثلاث جميعا بلا ريب ثم ان قولهما أما اذا أقر له بدين ثم أعتق قبل الموت لم يذكر هنا ان أراد بذلك ان صورة الاقرار لم تذكر هنا بعينها صراحة فهو مسلم لكن صورتا الوصية والهبة أيضا لم تذكرا هنا بعينهما صراحة بل اندرجتا في اشارة قوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق فما معنى جعل هذه المسئلة شاملة لصورتي الوصية والهبة دون صورة الاقرار وان أرادا بذلك ان صورة الاقرار لم تذكر هنا أصلا لا صراحة بعينها ولا اندراجا في اطلاق اشارة شيء فهو ممنوع فان مسئلتنا هذه مع ما قبلها من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير هنا على ما نقل في غاية البيان هكذا وقال في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له وصية ثم أسلم الابن ثم مات الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا اه ولا يذهب عليك ان صورة الاقرار وصورتي الوصية والهبة سيان في الاندراج تحت اطلاق اشارة قوله وكذلك لو كان الابن عبدا فأعتق في هذا فالحق أن مراد المصنف بقوله وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا هو انه يبطل الاقرار والهبة والوصية كلها في هذه المسئلة أيضا للدليل ما ذكرناه في المسئلة السابقة وان مراده بقوله وذكر في كتاب الاقرار الى قوله قال والمقعد بيان ان في صورة الاقرار رواية للصحة أيضا وكذا في صورة الهبة وأما في صورة الوصية فلا رواية للصحة أصلا تبصر ترشد

﴿ باب العتق في مرض الموت ﴾

قال جمهور الشراح الاعتاق في المرض من أنواع الوصية لكن لما كان له أحكام مخصوصة أفرده بباب على حدة وأخره عن صريح الوصية لان الصريح هو الاصل اه (أقول) فيه فتور لان الاعتاق في المرض ليس من أنواع الوصية بل هو أمر مغاير للوصية حقيقة فان الوصية ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف كما سيصرح به المصنف رحمه الله فكيف يكون هذا من أنواع الوصية ثم انه في حكم الوصية

وقوله (والمراد الاعتبار من الثلث) أى المراد بقوله فهو وصية الاعتبار من الثلث لا حقيقة الوصية لان الوصية عبارة عما أوجبه الموصى
فى ماله بعد موته متطوعا وقوله (كالضمان والكفالة) غاير بينهما بالعطف لان الضمان أعم من الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة
بأن قال لاجنبى خالع امرأتك على ألف على أنى ضامن وكذا لو قال بع هذا العبد بألف على أنى ضامن لك بخمسمائة من الثمن سوى
الالف فان بدل الخلع يكون على الاجنبى لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشترى وقوله (وما نفذه من التصرف) أى نجزه
فى الحال ولم يضفه الى ما بعد الموت (٤٦٢) (فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث
وكل مرض صح منه فهو
كحال الصحة لانه بالبرء تبين
أنه لا حق لاحد فى ماله) وقوله
(فان حابى ثم أعتق) صورته
رجل باع فى مرضه عبدا
يساوى ألفين من رجل بألف
وأعتق عبدا يساوى ألفا ولا
مال له سواهما (فالمحاباة أولى)
وان ابتدأ بالعتق تحاصا فيه
(عند أبى حنيفة ففى الاول
يسلم العبد للمشترى بالف) ولم
يبق من الثلث شئ الا أن
العتق لا يمكن رده فيسعى
العبد فى قيمته للورثة وفى
الثانية يتحاصان فى مقدار
الثلث (وقالا العتق أولى)
سواء قدم المحاباة أو أخرها
فيعتق العبد مجانا لان
قيمته بقدر الثلث ويخير
المشترى ان شاء نقض البيع
ورد العبد لما لزمه من الزيادة
فى الثمن من غير رضاه وان
شاء أمضى العقد وأدى
كمال قيمة العبد ألفى درهم
والاصل المذكور فى الكتاب
ظاهر وقوله (الا العتق
الموقع) أى المنجز لا المفوض
الى اعتاق الورثة مثل أن
يقول أعتقوه أو يوصى
بعتقه بعد موته مستثنى من قوله لا يقدم وقوله (كالتدبير الصحيح) احترازعن الفاسد منه مثل أن يقول واذا
أنت حر بعد موتى بيوم كما سيجىء وقوله (والمحاباة فى البيع) بالرفع معطوف على قوله الا العتق الموقع وقوله (وغيره يلحقه) أى غير
العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق والوصية بالمال

وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا
لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة
وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة فى حكم الوصية لانه يتهم فيه كما فى الهبة
وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه فى حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حالة العقد
وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فمن
الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق فى ماله قال (وان حابى ثم اعتق وضاق
الثلث عنهما فالمحاباة أولى عند أبى حنيفة وان أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى فى المسئلتين)
والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع وصيته فى الثلث
لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح
والمحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب
التساوى فى نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من
جهة الموصى وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى

ذا وجد فى مرض الموت حيث يعتبر من الثلث لا من جميع المال كما سيأتى أيضا فى الكتاب فالوجه أن
يقال لما كان الاعتاق فى المرض أمرا يغاير حقيقة الوصية ولكن كان فى حكمها أفرده بباب على حدة
وأخره عن حقيقة الوصية لكونها هى الاصل (قوله وفى بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز)
أقول فى عبارة المصنف هنا تسامح فان قوله جائز فى النسخة الاولى محمول فى الكلام وقوله فهو وصية
فى هذه النسخة موضوع ومحمول فكيف يكون الثانى مكان الاول فالظاهر أن يقال مكان قوله فذلك
كله جائز (قوله وانما قدم العتق الذى ذكرناه آنفا لانه أقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى
وغيره يلحقه الفسخ وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى) أقول فى هذا التحرير قصور بل
خلل أما أولا فلان قيد من جهة الموصى فى قوله فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى حشو مفسد
لانه يدل بطريق مفهوم المخالفة المعتبر عندنا أيضا فى الروايات كما صرحوا به على أن يلحقه الفسخ من
جهة غير الموصى كما فى المحاباة مع ان الفسخ لا يلحق العتق من جهة أحد أصلا وان لحق المحاباة من جهة
غير الموصى وهو المشترى وأما ثانيا فلان قوله وغيره يلحقه الفسخ يوهم باطلاقه أن يلحق الفسخ
المحاباة أيضا من جهة الموصى مع انه قال وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى فالحق فى تحرير
هذا المقام أن يقال فانه لا يلحقه الفسخ أصلا والمحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى وأما غيرهما
فيلحقه الفسخ من جهة الموصى وغير الموصى أيضا ثم ان كثيرا من الشراح منهم صاحب العناية قالوا
فى تفسير قول المصنف هنا وغيره يلحقه الفسخ أى غير العتق الموقع يلحقه الفسخ كالوصية بالعتق

قال المصنف (لانها ايجاب بعد الموت) أقول قياس من الشكل الثانى (قوله وغيره يلحقه أى غير العتق الموقع) أقول فيه أن
الظاهر أن يقول أى غير ما ذكرنا من العتق الموقع والعتق المعلق وتعميم الموقع بهما خلاف الظاهر

واذا تقدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما فى الخلافية أن العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لانه لا يوجب التقدم فى الثبوت وله أن المحاباة أقوى لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أولا دفع الاضعف واذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم أعتق ثم حابى

والوصية بالمال اه (أقول) ليس ذلك بسديد فان العتق المعلق غير العتق الموقع ولهذا عطفه المصنف عليه فيما قبل حيث قال ان العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح مع انه لا يخفى أن العتق المعلق أيضا لا يلحقه الفسخ عندنا فالحق أن يقال فى تفسير قوله وغيره يلحقه الفسخ أى غير العتق الذى ذكرناه آنفا وهو العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى فحينئذ يستقيم المعنى جدا كما لا يخفى واللفظ أيضا يساعده لا محالة فان العتق الذى ذكره يعم العتق الموقع والمعلق كما ترى (قوله واذا تقدم ذلك فما بقى من الثلث بعد ذلك يستوى فيه من سواهما من أهل الوصايا) قال صاحب النهاية فى تفسير قوله يستوى فيه من سواهما أى سوى العتق والمحاباة واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) فيه سماجة ظاهرة فان كلمة من فى قوله من سواهما تأبى هذا التفسير جدا كما لا يخفى وكذا قوله من أهل الوصايا بعد قوله من سواهما ينافى ذلك كما ترى فالوجه فى تفسير ذلك أن يقال أى سوى المعتق والذى حوبى له أو سوى أهل العتق والمحاباة نعم يمكن تقدير المضاف فى تفسير الشارحين المزبورين وهو لفظ الاهل أو لفظ الصاحب لكنه خلاف الظاهر فى مقام التفسير اذ المقصود من التفسير الكشف والبيان لا الاخفاء والتعمية فبقيت السماجة فى تفسيرهما المذكور لا محالة (قوله لهما فى الخلافية) قال صاحب العناية فى بيان الخلافية وهى التى قدم فيها المحاباة على العتق وتبعه العينى (أقول) هذا شرح فاسد لان الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فى كلتا المسئلتين المذكورتين وهما التى قدم فيها المحاباة على العتق والتى قدم فيها العتق على المحاباة والدليل المذكور من قبلهما وكذا الدليل المذكور من قبله يتمشيان فى تينك المسئلتين معا بلا كلفة كما لا يخفى على ذى مسكة فلا وجه لتفسير الخلافية هنا بما يخص المسئلة الاولى منهما والصواب فى بيانها أن يقال وهى التى اجتمع فيها العتق والمحاباة سواء قدم العتق على المحاباة أو قدمت المحاباة على العتق (قوله ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لانه لا يوجب التقدم فى الثبوت) قال فى العناية ألا ترى أنه اذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل ولا عبرة للبداءة فكذلك هنا اه وهكذا ذكر فى النهاية ومعراج الدراية نقلا عن الاسرار (أقول) لقائل أن يقول حكم الايصاء فى صورة التنوير نازل وقت موت الموصى فى حق كل واحد منهم لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فكان فيها معنى التعليق والحكم فى التعليقات ينزل عند وجود الشرط وزمان تحقق الشرط الذى هو الموت فى حق كل واحد منهم فى صورة التنوير زمان واحد فلهذا كان الثلث الموصى به لهم بينهم أثلاثا بخلاف ما نحن فيه فان العتق الموقع فى المرض منجز غير مضاف الى ما بعد الموت وكذا المحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض والمنجز يوجب الحكم فى الحال لا محالة فينبغى أن يثبت الحكم فى المقدم فى الذكر قبل أن يثبت فى المؤخر فيه فافترقت الصورتان فتأمل (قوله وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى اذا حابى ثم أعتق ثم حابى

المحاباة على العتق وقوله (لا يوجب التقدم فى الثبوت) ألا ترى أنه اذا أوصى بثلث ماله لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثا وصل أو فصل ولا عبرة بالبداءة فكذلك ههنا وقوله (لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة) يعنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها (فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة ومعنى) لانه لم يثبت فى ضمن المعاوضة وبالمرض يلحقه الحجر عنه

(قوله يستوى فيه من سواهما أى سوى العتق والمحاباة) أقول فيه شئ فان لفظة من تأبى هذا التفسير (قوله وهى التى قدم الخ) أقول فيه شئ فان الظاهر التعميم للمسئلتين (قوله وقوله لانها تثبت فى ضمن عقد المعاوضة يعنى وبالمرض لا يلحقه الحجر عنها) أقول ضمير عنها راجع الى المعاوضة (قوله فكان تبرعا بمعناه) أقول تذكير الضمير الراجع الى المحاباة اما باعتبار الخبر أو لكونه بمعنى أن مع الفعل أو على تأويل

ماذكر قال المصنف (وهو لا يحتمل الدفع) أقول لكون المحاباة أقوى منه

وقوله (قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة وأيضا لو حابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن تنفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني بأنه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت ويثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية وقوله (قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني) فان قلت لم يقسم بين العتق والعتق ثم بين العتق الثاني والمحاباة قلت لا يستقيم لان المحاباة مقدمة على العتق الثاني فلا يكون مساويا لها والعتق الاول مقدم على المحاباة فيزاحمها في الثلث ثم ما أصاب العتق الاول شاركه فيه العتق الآخر للمجانسة والمساواة بينهما فان قيل كيف يستقيم هذا ولم يصل الى صاحب المحاباة كمال حقه كان ينبغي أن يسترد صاحب المحاباة ما أخذ صاحب العتق الثاني لان حق صاحب المحاباة مقدم على صاحب العتق الثاني كما لو كانا وليس معهما عتق آخر وتقدمت (٤٦٤) المحاباة أجيب بأنه لو استرد ذلك منه لاسترد منه صاحب العتق الاول لان حق العتق الاول وحق المحاباة سواء في الثلث فيؤدي الى الدور وان نقض صاحب المحاباة البيع لما لزمه من زيادة الثمن كان الثلث بين المعتقين نصفين لاستواء حقهما قال (وان أوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد) كلامه واضح وقوله (وبقي شئ من الحجة يرد على الورثة) قال الامام الكناني الا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي حج عنه فيكون له

قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة نصفين وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق أولى بكل حال قال (ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة رحمه الله وان كانت وصيته بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شئ من الحجة يرد على الورثة وقالا يعتق عنه بما بقي) لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة وهي حق لله تعالى والمستحق لم يتبدل فصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسئلة بناء على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق

قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان) قال في العناية فيه بحث وهو أن يقال المحاباة الاولى مساوية للمحاباة الثانية والمحاباة الثانية مساوية للعتق المتقدم عليها فالمحاباة الاولى مساوية للعتق المتأخر عنها وهو

(قوله وهو يناقض الدليل المذكور) أقول أي ثبت نقيض ما أثبته قال المصنف (ثم أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق) أقول قال في الكافي فان قيل ينبغي أن يكون تمام وهذا
الثلث للمحاباة الاولى عنده لان المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة الاولى مرجحة على العتق والمساوي للمرجوح مرجوح وكذا في المسئلة التي قبلها ينبغي أن لا يشارك العتق الثاني الاول عنده لان العتق الاول يساوي المحاباة والمحاباة راجحة على العتق الثاني والمساوي للراجح راجح قلنا لا يترجح العتق على العتق والمحاباة على المحاباة بالاجماع اذا لم يكن الغير متخللا وكذا اذا تخلل الغير اه وذكر المسئلتين فيه على عكس ترتيب الهداية (قوله وما ذكرتم من أن التقديم يقتضي الترجيح) أقول لم يذكر ذلك صريحا نعم يجوز أن يفهم من قوله والعتق مقدم عليها فيستويان فان التقدم اذا كان سببا لمساواة المرجوح للراجح يكون سببا أيضا لرجحان المساوي والجواب أن سببية التقدم لمساواة المرجوح من حيث انه لا يحتمل دفع المتأخر فتثبت المزاحمة ضرورة واحد المتساويين اذا تقدم لا يحتمل دفع الآخر أيضا لانه ليس أقوى منه فتثبت المزاحمة أيضا ولعل هذا الجواب أولى مما ذكر في الشرح (قوله والجواب عن الاول أن شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه) أقول فيه تأمل فانهم صرحوا بأنه متى صدقت المقدمة الاجنبية التي نسبتها انتج قياس المساواة لزمه النتيجة وهي ههنا قولنا مساوي المساوي مساو وهم صرحوا بصدقها ويجوز أن يقال ذلك في المساواة الحسية فليتأمل (قوله أجيب بانه لو استرد ذلك منه لاسترد منه الخ) أقول يعني نصف ما أخذه (قوله فيؤدي الى الدور) أقول لانه يسترد منه أيضا صاحب العتق الثاني للتجانس

وقوله (وهذا أشبه) يعني الى الصواب لانه ثبت بالدليل أنه حق العبد عنده فيحاف المستحق اذا هلك منه شئ وتبطل الوصية وترد المائة الى ورثته وقوله (ومن أوصى بعتق عبده) أي باعتاق عبده وقوله (لانه يتلقى الملك من جهته) أي لان الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي (الا أن ملكه) أي ملك الموصي (باق) فيه لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الورثة لم يعتق عليهم لما بينا أن ملك الميت فيه باق بعد لحاجته (وانما يزول) ملكه (بالدفع فاذا خرج به) أي بالدفع عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي أو وارثه بعد وفاته بسبب الدين (فان فداه الورثة كان الفداء في أموالهم) أي كانوا متبرعين فيما فدوه به

وهذا أشبه قال (ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان أعتقه في مرضه فأجاز الوارثان ذلك لم يسع في شئ) لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت بأكثر من الثلث الا أنها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد أسقطوه قال (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى جناية ودفع بها بطلت الوصية) لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذلك على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا أن ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي أو وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية بالفداء كأنه لم يجن فتنفذ الوصية

يناقض الدليل المذكور من جانب أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأيضا وحابى ثم حابى ولم يخرج من الثلث تحاصا وما ذكرتم من ان التقديم يقتضي الترجيح يستدعي أن ينفذ الاولى ثم الثانية والجواب عن الاول ان شرط الانتاج أن يلزم النتيجة القياس لذاته وقياس المساواة ليس كذلك عرف في موضعه وعن الثاني انه انما تحاصا لان ما يحتمل النقض من تبرعات المريض ينفذ ثم ينقض اذا لم يخرج من الثلث واذا كان كذلك نفذناه جميعا ثم نقضناه بعد الموت وثبت لهما بحكم الوصية وهما نافذتان فاستويا كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر من وجوه الاول ان السؤال الثاني غير متجه على كلام المصنف أصلا اذ لم يقل المصنف قط ان التقديم مطلقا يقتضي الترجيح بل انما قال ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح كما في تقديم المحاباة على الاعتاق لكون المقدم اذ ذاك دافعا للاضعف المؤخر وأما تقديم غير الاقوى فلا يقتضي الترجيح لعدم احتماله دفع المؤخر الاقوى كما في تقديم العتق على المحاباة ولا دفع المؤخر المساوي كما في تقديم احدى المحاباتين على الاخرى على ما هو المذكور في السؤال الثاني فلا اتجاه له اصلا على ما ذكره المصنف والثاني ان الجواب المذكور عن السؤال الاول ليس بسديد لان لزوم النتيجة القياس لذاته انما هو شرط الانتاج مطلقا لا شرط الانتاج في الجملة فانهم مصرحون في علم الميزان بأن قياس المساواة وان لم يستلزم النتيجة لذاته الا أنه يستلزمها بواسطة مقدمة غريبة اذا صدقت تلك المقدمة كما في قولنا ا مساو لب وب مساو لج فانه ينتج ويستلزم ان ا مساو لج بواسطة مقدمة غريبة صادقة وهي ان كل مساوي المساوي مساو والسؤال الاول بمثل هذه الصورة فلا يدفعه عدم استلزامه النتيجة لذاته كما لا يخفى والثالث أن الجواب المذكور عن السؤال الثاني مما لا حاصل له فانه ان أريد أن بتنفيذ المحاباتين جميعا ثم بنقضهما بعد الموت يرتفع تقدم احداهما على الاخرى فذلك أمر لا يساعده العقل وان أريد به أن التقدم والتأخر بينهما باقيان ولكن لا تأثير لهما في ترجيح المقدم على المؤخر في هاتيك الصورة فذلك لا يدفع ذلك السؤال المبني على كون ما ذكره المصنف ان التقديم يقتضي الترجيح مطلقا فالصواب في رد السؤال الثاني ما نبهنا عليه آنفا من ان الذي ذكر في الكتاب ان تقديم الاقوى يقتضي الترجيح لا أن التقديم مطلقا يقتضي ذلك فلا اتجاه لذلك السؤال وفي دفع السؤال الاول ما ذكره صاحب معراج الدراية نقلا عن الفوائد الحميدية حيث قال فان قيل ينبغي ان يقسم الثلث بين الكل أثلاثا لان المحاباة الثانية مساوية للاولى والعتق مساو للمحاباة الثانية فكان مساويا للاولى لان المساوي للمساوي مساو قلنا العتق مساو للثانية بمعنى يخصه

(قوله وقوله وهذا أشبه يعني الى الصواب) أقول الظاهر تبديل الى بالباء (قوله لانه ثبت بالدليل أنه حق العبد) أقول فيه بحث قال المصنف (ومن أوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما أن حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي) أقول قال في الكافي والاصل أن الايصاء بالاعتاق لا يبطل ملك الورثة فان شاؤا دفعوه وان شاؤا فدوه فان دفعوه صح الدفع لان حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذا يتقدم على من يتلقى الملك من المالك وهو الموصى له وبطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذا يبطل حق من يتلقى الملك من جهته ألا يرى أن الموصي لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين تبطل الوصية فكذا هنا وان اختاروا الفداء فعليهم الدية لالتزامهم وجازت الوصية انتهى ولا يخفى عليك المخالفة بينه وبين ما في الهداية والتوفيق أن العبد وجب اعتاقه بالوصية ففيما يتعلق بالتنفيذ تبقى الرقبة على ملك الميت وفيما وراء ذلك عليهم نص عليه التمرتاشي

وقوله (ومن أوصى بثلث ماله لآخر) واضح وقوله (وان كان على المعتق دين) يعنى أن من أعتق عبدا فى صحته ثم مات وعليه دين لم يسع العبد فى شئ وهذا لان الاقرار بهذين الامرين فى حالة المرض انما يمنع أحدهما الآخر أن لو كان أحدهما متأخرا عن الآخر فيمنع المتقدم المتأخر وههنا ما حصلا معا بتصديق واحد بقوله صدقتما جعل كأن الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا كذلك (وله أن الاقرار بالدين) أى ولابى حنيفة وجهان أحدهما أن الاقرار بالدين أقوى على ماذكر والثانى أن العتق لا يمكن اسناده الى حالة الصحة فكذلك ثبت الدين من كل وجه ويثبت العتق من حيث الصورة لا من حيث المعنى لان اعتاق المريض المديون يرد من حيث المعنى بوجوب السعاية وصار تصديق الوارث بمنزلة تصديق الميت ولو قال العبد لمولاه المريض أعتقتنى فى صحتك وقال رجل آخر لى عليك ألف درهم دين فقال المريض صدقتما عتق العبد ويسعى فى قيمته للغريم كذلك ههنا وقوله (وعلى هذا الخلاف الخ) لهما أن الوديعة لم تظهر الا والدين ظاهر معها فيتحاصان كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة اذ الاقرار من الوارث بالدين على الميت يتناول التركة لا الذمة فقد وقعا معا بخلاف المورث وله أن حقه يثبت فى عين الالف مقارنا لثبوت الدين فى الذمة وعند انتقالها منها الى الالف كان الالف مستحقا بالوديعة كما لو كان المورث حيا وقالا له ذلك فقال صدقتما والاختلاف فى هذه المسئلة ذكر على عكس ماذكر فى الكتاب فى عامة الكتب

﴿فصل﴾ قدم باب العتق فى المرض على هذا الفصل لقوة العتق فى المرض لانه لا يلحقه الفسخ بخلاف مسائل هذا الفصل * اعلم أن من مات وعليه حقوق الله تعالى من صلاة أو صيام أو زكاة أو حج أو كفارة أو نذر أو صدقة فطر فاما أن يوصى بها أولا فان كان الثانى لم تؤخذ من تركته ولم تجبر الورثة على اخراجها لكن لهم أن يتبرعوا بذلك وان كان الاول ينفذ من ثلث ماله عندنا ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فالعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع

قال (ومن أوصى بثلث ماله لآخر فأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه فى الصحة وقال الوارث أعتقه فى المرض فالقول قول الوارث ولا شئ للموصى له الا أن يفضل من الثلث شئ أو تقوم له البينة ان العتق فى الصحة) لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ما بقى من التركة بعد العتق لان العتق فى الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق فى المرض وهو وصية والعتق فى المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين الا أن يفضل شئ من الثلث على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه أو تقوم له البينة أن العتق فى الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم فى اقامتها لاثبات حقه قال (ومن ترك عبدا فقال للوارث أعتقنى أبوك فى الصحة وقال رجل لى على أبيك ألف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى فى قيمته عند أبى حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى فى شئ) لان الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصارا كأنهما كانا معا والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق فى المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته أن يبطل العتق أصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين أسبق لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال رجل لى على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لى عنده ألف درهم وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما سواء

وهو تقدمه عليها فلا يساوى الاولى وبهذا خرج الجواب عن اشكال آخر وهو أن يقال المحاباة الاولى ترجحت على العتق والثانية مساوية للاولى فينبغى أن تترجح على العتق كالاولى لان المساوى للراجح راجح لما مر أن رجحان الاولى بمعنى يخصها وهو تقدمها عليه وكذا لو قال ينبغى أن لا يكون للمحاباة الثانية شئ لانها مساوية للعتق والعتق مرجوح والمساوى للمرجوح مرجوح كذا فى الفوائد الحميدية اهـ فتأمل

*(فصل) * ترجم هذا الفصل فى مختصر الكرخى بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث كذا فى غاية البيان وقدم المصنف باب العتق فى المرض على هذا الفصل لقوة العتق فى المرض لانه لا يلحقه الفسخ

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا مات الرجل وترك ألف درهم) أقول قال فى المنظومة فى كتاب الاقرار فى باب أبى حنيفة خلافا لصاحبيه

لو تركت ألف وهذا يدعى * دينا وذاك قال هذا مودعى والابن قد صدق هذين معا * استويا وأعطيا من أودعا

والصدقة على الفقراء وما أشبههما أو يجمع بين هذه الوصايا كلها بأن جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن أجازت الورثة وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو أهم وان تساوت في القوة يعني ان يكون الكل فرضا أو واجبا أو تطوعا كما ذكرنا بدئ بما قدمه الموصى لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم فان قيل أين ذهب قول أبي يوسف ومحمد ولا معتبر بالتقديم في الذكر فانه لا يوجب التقديم في الثبوت ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة رحمه الله عليهما أجيب بأن هذا مختص بحقوق الله تعالى لكون صاحب الحق واحدا وأما اذا تعدد المستحق فلا معتبر بالتقديم كما لو أوصى بثلثه لانسان ثم أوصى بثلثه لآخر وقوله (فالزكاة تعلق بها حق العباد) يعني باعتبار أن الفقير حقه في القبض ثابت فكان ممتزجا بحقين وقوله (اذ جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات) أما في الزكاة فقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية وأما في الحج فقوله تعالى ومن كفر فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقوله صلى الله عليه وسلم من مات وعليه حجة الاسلام ان شاء مات يهوديا الحديث

﴿فصل﴾ قال (ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات) لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم (فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث) لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكاة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى انهما وان استويا في الفرضية فالزكاة تعلق بها حق العباد فكان أولى وجه الأخرى ان الحج يقام بالمال والنفس والزكاة بالمال قصرا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكاة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت في الكفارات

بخلاف مسائل هذا الفصل كذا في عامة الشروح (قوله ومن أوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصى أو أخرها) أقول يشكل اطلاق هذه المسئلة بالعتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فان العتق عندهما من حقوق الله تعالى حتى تقبل الشهادة عليه عندهما من غير دعوى كما تقرر في محله ومر في الباب السابق أيضا مع انه يقدم على الفرائض منها بالاتفاق وان كان نفسه من التطوعات كما صرح به في عامة المعتبرات وذكر في النهاية وغاية البيان أيضا نقلا عن شرح الطحاوي فتأمل (قوله لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم) أقول يرد على ظاهر هذا التعليل أنه ينافي قوله في وضع المسئلة قدمها الموصى أو أخرها اذ على تقدير ان أخر الفرائض تكون بداءته بالنافلة لا محالة فلا يقع منه البداءة هنالك بالأهم اذ لا شك ان الاهم هو الفرائض فكيف يتمشى هنالك أن يقال الظاهر منه البداءة بما هو الاهم والجواب ان المراد بالبداءة في قوله والظاهر منه البداءة بما هو الاهم هو البداءة في الاعطاء والتمليك لا البداءة في الذكر والتلفظ فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى البداءة في الاعطاء والتمليك بما هو الاهم في الشرع وان أخره في الذكر والتلفظ ووجه آخر وهو أن يكون المراد بالبداءة المذكورة بداءة من ينفذ وصاياه ويؤديها الى محلها من الوصي والقاضي ونحوهما لا بداءة نفسه فالمعنى ان الظاهر من حال الموصى أن يقصد بداءة من ينفذ وصاياه ويصرفها الى محلها بما هو الاهم في الشرع من بين ما ذكره نفسه (قوله فان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم) يعني ان تساوت الوصايا التي من حقوق الله تعالى في القوة بان كان كلها فرائض أو واجبات أو نوافل بدئ بما قدمه الموصى اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر من حال الانسان أن يبتدئ بالاهم (أقول) لقائل أن يقول في تمام التعليل نظر اذ الظاهر أن الاهم في حقوق الله تعالى ما هو الاقوى منها والمفروض في وضع مسئلتنا هذه تساوي تلك الحقوق فكيف يتصور أهمية بعضها من

﴿فصل ومن أوصى بوصايا﴾ (قوله والصدقة على الفقراء) أقول فانها تقع في كف الرحمن فهي حق الله تعالى (قوله وان لم يجيزوها فان كانت كلها لله تعالى) أقول الكلام يحتاج الى توجيه كما لا يخفى (قوله لان الفريضة أهم من النافلة) أقول لعله أراد بالفريضة هنا ما يعم الواجب فلا يخالف جعل الكفارات من الفرائض لما أسلفه آنفا من عدها من الواجبات والقرينة لتلك الارادة مقابلتها بالنافلة (قوله فان قيل أين ذهب) أقول يعني في الفصل السابق (قوله ففي هذه المسئلة حجة لابي حنيفة عليهما) أقول أبو حنيفة لم يعتبر التقديم في الذكر والا فلو أوصى بثلثه لانسان ثم به لآخر لزم أن يقدم المقدم وجوابه اعتبار عدم المجانسة عنده فيه صرح به الخبازي فراجعه (قوله أجيب بان هذا مختص بحقوق الله تعالى) أقول فيه بحث

والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها بالقرآن والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض

بعض وان وجد التفاوت بينها في القوة من جهة بعد تساويها في القوة من جهة الفرضية أو الوجوب أو التنفل فالظاهر أنه أهمها ما هو أقواها في اعتبار الشرع دون اعتبار الموصي فان أريد بالاهم في قوله لان الظاهر أنه يبتدئ بالاهم ما هو الاهم أي الاقوى في اعتبار الشرع فلا نسلم أن الظاهر أن يبتدئ به اذ لا يهتدي كل أحد الى معرفة ما هو الاقوى في اعتبار الشرع من بين الفرائض أو الواجبات أو النوافل فكيف يجعل ابتداؤه بشيء منها دليلا على كونه اقوى من غيره في اعتبار الشرع وان أريد بالاهم في ذلك ما هو الاهم عند المبتدئ كما صرح به في الكافي حيث قال لان الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الاهم عنده فيكون الظاهر أن يبتدئ به فمسلم لكن كون مثل هذا الظاهر موجبا للبداءة في التنفيذ والاداء بما قدمه الموصي في الذكر مع العلم بكون ما أخره أهم في اعتبار الشرع غير واضح فان كون الظاهر من حال الانسان أن يبدأ بما هو الاهم عنده متحقق في المسئلة المتقدمة هنا أيضا مع انه لم يعمل به هنالك بل عمل هنالك بما هو الاهم عند الشرع حيث قدمت الفرائض سواء قدمها الموصي أو أخرها فليتدبر في الدفع ثم ان صاحب العناية قصد تفصيل المسائل المتعلقة بهذا المقام وضبطها فقال ثم الوصايا اما أن تكون كلها لله تعالى أو كلها للعباد أو يجمع بينهما فما للعباد خاصة تقدم ذكرها وما لله تعالى اما أن يكون كله فرائض كالزكاة والحج والصوم والصلاة أو واجبات كالكفارات والنذور وصدقة الفطر أو كله تطوعا كالحج التطوع والصدقة على الفقراء وما أشبهها أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان جمع بينها والثلث يحتمل جميع ذلك تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وكذلك ان لم يحتمل ذلك ولكن اجازه الورثة وان لم يجيزوها فان كان كلها لله وهي فرائض كلها أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به الميت وان اختلطت يبدأ بالفرائض قدمها الموصي أو أخرها مثل الحج والزكاة والكفارات لان الفريضة أهم من النافلة والظاهر منه البداءة بما هو الاهم اه كلامه (أقول) في تقريره خلل لان ضمير المفعول في قوله وان لم يجيزوها اما أن يرجع الى الوصايا الجامعة بين الفرائض والواجبات والنوافل أو يرجع الى مطلق الوصايا جامعة كانت بينها أو غير جامعة فان رجع الى الاولى كما هو الظاهر من سياق كلامه حيث قال فان جمع بينها فساق كلامه الخ يلزم أن لا يصح قوله فان كان كلها لله وهي فرائض أو واجبات كلها أو تطوع يبدأ بما بدأ به لان الوصايا التي كلها فرائض والتي كلها واجبات والتي كلها تطوع قسيمات للوصايا الجامعة بينها كما ذكره من قبل فكيف يتصور أن تجعل هنا قسما منها وان رجع الى الثانية فمع كونه مما يأباه سياق كلامه يلزم أن يكون كثير من الاقسام مع أحكامها مهملا متروكا في مقام التفصيل وذلك مثل أن تكون الوصايا كلها فرائض أو واجبات أو نوافل والثلث يحتمل الكل أولا يحتمل ذلك ولكن اجازه الورثة فان كلا منها قد خرج بقوله فيما قبل فان جمع بينها ولم يذكر فيما بعد أصلا فيفوت المقصود من البسط والبيان وهو الضبط والجمع ثم ان الشارح المذكور انما وقع فيما وقع بزيادة قوله فان جمع بينها بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها وسلك في التقرير مسلك غيره من شراح هذا الكتاب وغيرهم فقال بعد قوله أو يجمع بين هذه الوصايا كلها فان كان ثلث ماله يحتمل جميع ذلك وساق كلامه الخ لسلم عن جميع ما ذكرنا في بيان الخلل تأمل تقف (قوله وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) قال الشراح فمن ذلك أن يقدم صدقة الفطر على النذور لكونها واجبة بايجاب الشرع وكون النذور واجبة بايجاب العبد اه (أقول) لقائل أن

وقوله (والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر) ترك كفارة الافطار لانها ليست مقدمة على صدقة الفطر لثبوتها بخبر الواحد وثبوت صدقة الفطر بآثار مستفيضة وقوله (وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض) فمن ذلك أن تقدم صدقة الفطر على النذر لكونها واجبة بايجاب الشرع والنذر واجب بايجاب العبد والنذور تتقدم على الاضحية لوقوع الاختلاف في وجوبها دون وجوب النذور

قال (وماليس بواجب قدم منه ماقدمه الموصى) لما بينا وصار كما اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذى ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة فى نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ماهو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذى وجب عليه قال (فان لم تبلغ الوصية النفقة أحجوا عنه من حيث تبلغ) وفى القياس لا يحج عنه لانه أمر بالحجة على صفة عدمناها فيه غير أنا جوزناه لانا نعلم أن الموصى قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ماذكرناه وهو أولى من ابطالها رأسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل قال (ومن خرج من بلده حاجا فمات فى الطريق وأوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده) عند أبى حنيفة وهو قول زفر وقال أبو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره فى الطريق

يعارض ويقول عرف وجوب النذور بالقرآن وهو قوله تعالى وليوفوا نذورهم وعرف وجوب صدقة الفطر بالسنة فينبغى أن تقدم النذور على صدقة الفطر بناء على ذلك كما قدم الكفارة فى القتل والظهار واليمين عليها الذلك على ماذكر فى الكتاب (قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد الخ) وفى غاية البيان قال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى فان قيل اذا كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغى أن تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المستحق فاما عند اختلاف المستحق فلا تعتبر قوة الوصية اه (أقول) فى الجواب نظر فانه منقوض بالعتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى وبالمحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض فان كلا منها يقدم على جميع سائر الوصايا ما كان لله وما كان للعبد لقوة العتق من حيث انه لا يلحقه الفسخ أصلا وقوة المحاباة أيضا من حيث انه لا يلحقها الفسخ من جهة الموصى كما مر فى باب العتق فى المرض ولو لم تعتبر قوة الوصية عند اختلاف المستحق لما قدمت المحاباة عند اجتماعها مع وصايا من حقوق الله تعالى لان المستحق فى المحاباة هو العبد وفى حقوق الله تعالى هو الله تعالى فقد اختلف المستحق وكذا الحال فى العتق الموقع فى المرض أو المعلق بالموت عند اجتماعه مع حقوق الله تعالى عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق حق العبد عنده وعند اجتماعه مع حقوق العباد عند صاحبيه لان العتق حق الله تعالى عندهما على ما عرف تدبر

(وماليس بواجب قدم منه ماقدمه الموصى لما بينا) يعنى قوله لان الظاهر أنه يبتدئ بالأهم وصار كما اذا صرح بذلك وقال ابدؤا بما بدأت به ولو قال كذلك لزم تقديم ماقدم فكذا هذا وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق مثلا سواء رتب على هذا الترتيب أو لم يرتب وما جمع بينهما قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد ويجعل كل جهة من جهات القربة مفردة بالضرب ويقسم على عددها فاذا قال ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارات ولزيد يقسم على أربعة أسهم لان المقصود بجميعها وان كان متحدا وهو رضا الله فكل واحدة فى نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين فان الجميع منها وان كان المقصود منه القربة اذا أوصى للفقراء والمساكين وابن السبيل لكن يجعل لكل جهة سهم على حدة فكذا هذا قال (ومن أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده) كلامه واضح وقوله (وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل) يعنى على مذهب أبى حنيفة وهو الذى ذكره قبل هذا الفصل بقوله وله أنه وصية بعتق عبد يشترى بمائة الخ وقوله (ومن خرج من بلده حاجا) قيد به لانه اذا خرج للتجارة يحج عنه من بلده بالاتفاق وسيذكره بعد هذا قيل هذا الخلاف فيما اذا كان له وطن فاما اذا لم يكن فيحج عنه من حيث مات بالاتفاق لانه لو تجهز بنفسه لتجهز من حيث هو فكذلك اذا أوصى

(قوله وروى الحسن عن أصحابنا أنه يبدأ بالافضل فالافضل يبدأ بالصدقة الخ) أقول قال السرخسى فى محيطه لان الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال عليه الصلاة والسلام تباهت العبادات عند الله تعالى فقالت الصدقة أنا أفضلها ولان نفعها عائد الى غيره ونفع غيرها مقتصر عليه وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس والحج أفضل من العتق لانه من الاركان الخمسة والبداءة بالافضل أولى لانه أجزل ثوابا وأعظم أجرا اه وأنت خبير بأن قوله ونفع غيرها مقتصر عليه منقوض بالعتق

وقوله (لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الخ) مدفوع بقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بان المكفر اذا أطعم بعض المساكين ومات فأوصى وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الآمر بدليل أن الاول اذا بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى (٤٧٠) بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما أنفقه وأما الاطعام فانه يقبل التجزى حتى ان المأمور بالاطعام اذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب فانه لم يشترط فيه التتابع أصلا حتى لو جامع في خلال الاطعام مثلا لم يجب عليه اعادة ما سبق والكتاب أقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به وقوله (على ما قررناه) أراد به قوله قبيل هذا ومن أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا الخ

لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب والله أعلم

(قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره الخ) قال صاحب العناية قوله لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة الخ مدفوع بقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة فان الخروج للحج ليس منه ورد بأن المكفر اذا أطعم بعض المساكين فمات وأوصى به وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ولم ينقطع ما أطعمه بالموت ذكره في الاسرار فما هو جواب أبي حنيفة عن ذلك فهو جوابنا عن الحج وأجيب بالفرق بأن سفر الحج لا يتجزأ في حق الآمر بدليل ان الاول لو بدا له في الطريق أن لا يحج بنفسه بعد ما مشى بعض الطريق وفوض الامر الى غيره برضا الوصي لم يجز ولزمه رد ما انفقه وأما الاطعام فانه يقبل التجزى حتى ان المأمور بالاطعام اذا أطعم البعض ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كذا في الاسرار وهذا ليس بدافع لان الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره في الانقطاع الا أن يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب فانه أقوى وان كان دلالة فعمل به والحج لم يكن فيه دليل أقوى من الحديث فعمل به الى هنا لفظ العناية (أقول) السؤال والجواب اللذان ذكرهما بقوله ورد وأجيب مذكوران في النهاية وغيرها وتصرف هذا الشارح نفسه انما هو في قوله وهذا ليس بدافع الخ ساقط اذ ليس مدار الجواب المذكور على ان المتجزئ لا ينقطع وغير المتجزئ ينقطع حتى يرد عليه ما قاله من ان الحديث لم يفصل بين المتجزئ وغيره بل مداره على ان الانقطاع لا يضر في المتجزئ وانما يضر في غير المتجزئ فان كل عمل غير متجز اذا انقطع قبل التمام يبطل من الاصل بالضرورة ويلحق بالعدم كما في الصوم والصلاة والحج غير متجز فاذا انقطع بموت الحاج في الطريق وجب أن يحج من بلد الموصي أداء للواجب على الوجه الذي وجب عليه بخلاف العمل المتجزئ فانه لا يلزم من انقطاعه قبل تمامه أن يبطل من الاصل بل يجوز أن يتمم الآخر ما بقي منه كما اذا أطعم المأمور بالاطعام بعض المساكين ثم ترك البعض وأمر به غيره فانه يجزئه كما نص عليه في الاسرار وعلى هذا كان الجواب المذكور دافعا للسؤال قطعا ولعدم فرق الشارح المزبور بين المدارين قال في تقرير السؤال ولم ينقطع ما أطعمه بالموت والواقع في النهاية بدل ذلك ولم يبطل هنالك ما أطعمه بالموت وفي معراج الدراية بدله ولم يجب الاستئناف هنالك بل وجب الاكمال بما بقي بالاتفاق ثم ان مدار التوجيه الذي ذكره صاحب العناية بقوله الا أن يقال التجزى في الاطعام مستند الى الكتاب الخ على ان التجزى ينافي الانقطاع والا لم يكن بين الحديث المذكور والكتاب الدال على تجزى الاطعام تعارض أصلا حتى يترك العمل بالحديث المذكور في حق الاطعام ويعمل بالكتاب فيه لقوته وقد عرفت أن التجزى لا ينافي الانقطاع بل يتحقق الانقطاع في المتجزئ وغيره الا أن الاكمال بما بقي متصور في المتجزئ دون غيره فلا يقتضي العمل بالكتاب في حق الاطعام ترك العمل بالحديث المذكور في حق ذلك كما لا يخفى فما ارتكبه الشارح المزبور هنا من ضيق العطن كما ترى

قال المصنف (لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة) أقول وقرر العلامة النسفي في الكافي دليل الطرفين هكذا لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الآية ولم ينقطع بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج بنية التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولو أن عمله انقطع بموته لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة والخروج للحج ليس من الثلاثة ولا بناء على المنقطع وظهر بموته أن سفره كان سفر الموت لا سفر الحج فكان هذا في المعنى وخروجه للتجارة سواء وثمة يحج عنه من بلده فههنا كذلك (قوله حتى ان المأمور بالاطعام) أقول يعني في كفارة الظهار

باب

﴿ باب الوصية للاقارب وغيرهم ﴾

قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند أبي حنيفة وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد المحلة) وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان أن هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار الى أربعين دارا بعيد

﴿ باب الوصية للاقارب وغيرهم ﴾

أخر هذا الباب عما تقدمه لانه ذكر في هذا الباب أحكام الوصية لقوم مخصوصين وذكر فيما تقدمه أحكام الوصايا على وجه العموم والخصوص أبدا يتلو العموم كذا في الشروح (قوله ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) قال صاحب العناية كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز أن يقال الواو لا يدل على الترتيب وأن يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار اه كلامه (أقول) كل واحد من توجيهيه كاسد أما الاول فلأن الواو انما لا يدل على الترتيب الخارجي أي لا يدل على وقوع مدخوله في الخارج بعد وقوع المعطوف عليه فيه وأما ما تأخر مدخوله في الذكر عن المعطوف عليه فأمر ضروري ولا يخفى ان مدار قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب على الثاني يعني لما قدم ذكر الوصية للاقارب في ترجمة الباب كان حق الكلام أن يقدم ذلك في بسط المسائل أيضا ليحصل التناسب بين الاجمال والتفصيل وعدم دلالة الواو على الترتيب في الوقوع الخارجي لا يدفع ذلك بلا ريب وأما الثاني فلأن الاهتمام بأمر الجار لو كان واجبا أو مستحسنا لفعل ذلك في ترجمة الباب بأن قال باب الوصية للجيران وغيرهم ولما لم يفعله هنالك علم ان اهتمامه كان بأمر الاقارب فكان حق الكلام هنا أن يساق على منواله رعاية للتناسب (قوله ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق الخ) أوضحه في الكافي حيث قال ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ألا يرى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الارض وجار القرية صرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق اه وعن هذا قال في العناية في شرح قول المصنف لما تعذر صرفه الى الجميع يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض (أقول) لقائل أن يقول عدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض في الوصية لجيران الموصى لعدم انطلاق لفظ الجيران المضاف الى الموصى نفسه على شيء من ذلك لا حقيقة ولا عرفا بخلاف من يسكن محلة الموصى ويجمعهم مسجد محلته فان هؤلاء كلهم يسمون جيران الموصى عرفا كما سيأتي في وجه الاستحسان فلا يلزم من تعذر صرفه الى الجميع تعذر صرفه الى أهل مسجد محلته كما قاله الامامان حتى يتعين صرفه الى أخص الخصوص كما قاله أبو حنيفة فتأمل (قوله ولان المقصد بر الجيران فاستحبابه ينتظم الملاصق وغيره) أقول ولقائل أن يقول نعم ان مقصود الموصى من ايصائه لجيرانه بر الجيران لكن الجيران هم الملاصقون لا غير لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة فكيف ينتظم الملاصق وغيره وان صير الى كون غير الملاصق أيضا من أهل المحلة جيرانا عرفا يلزم المصير الى الدليل

انما أخر هذا الباب عما تقدمه لان في هذا الباب ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين وفيما تقدمه ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص أبدا يتلو العموم قال (ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) كان حق الكلام ان يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب ويجوز أن يقال الواو لا تدل على الترتيب وان يقال فعل ذلك اهتماما بأمر الجار (قوله لانه لما تعذر صرفه الى الجميع) يعني لعدم دخول جار المحلة وجار القرية وجار الارض صرف الى أخص الخصوص وهو الملاصق وقوله (وذلك عند اتحاد المسجد) قيل حتى لو كان في المحلة مسجدان صغيران متقاربان فالجميع جيران

(باب الوصية للاقارب وغيرهم)

(قوله كان حق الكلام أن يقدم وصية الاقارب نظرا الى ترجمة الباب) أقول فانه نص على خصوص الاقارب وقدم على غيرهم المذكور مجملا وكل ذلك يدل على أهميته وما ذكره بقوله ويجوز لا يدفعه وكذا قوله وان يقال الخ نعم يمكن أن يقال لكل من الاقارب والجيران خصوصية تستدعي الاهتمام فنبه على أهمية كل منهم من وجه بطريق حيث قدم الاقارب في الاجمال والجيران في التفصيل

وما روي فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال (ومن أوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته) لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبي عليه الصلاة والسلام وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية

الاول فلا يكون لجعل هذا التعليل دليلا ثانيا كما هو مقتضى التحرير وجه كما لا يخفى (قوله قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم) أقول التعميم المستفاد من قولهم ويستوي فيه الساكن والمالك ينافي تقييد المصنف فيما مر بقوله ممن يسكن محلة الموصي الا أن يكون ما نقله ههنا عن المشايخ رواية أخرى لكن أسلوب تحريره يأبى ذلك كما لا يخفى على الفطن وقال بعض المتأخرين المفهوم من قول المصنف ممن يسكن محلة الموصي الخ اشتراك السكنى في استحقاقهم الوصية عندهما ملاكا أو غيرهم ومما نقله عن المشايخ عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا بدليل تخصيص خلافهما بالعبد الساكن فتأمل اهـ كلامه (أقول) ليس هذا بتام لان تخصيص خلافهما بالعبد الساكن انما يكون دليلا على عدم الخلاف في الحر الساكن لا على عدم الخلاف في الحر الغير الساكن اذا كانوا ملاكا حتى يفهم منه عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا ثم ان تعليل قولهما في العبد الساكن بقوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن بمنزلة الصريح في اشتراط السكنى عندهما في استحقاقهما الوصية وان كانوا أحرارا وملاكا فانه قال وهو غير ساكن ولم يقل وهو غير مالك للدار فدل قطعا على ان عدم دخول العبد الساكن عندهما لعدم تحقق سكنى مولاه الذي هو الموصى له في الحقيقة وهذا انما يتم باشتراط السكنى عندهما في استحقاقهم الوصية فلا معنى لاستنباط عدم اشتراط السكنى عندهما ان كانوا ملاكا من الخلافية المذكورة كما فعله ذلك البعض (قوله لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن) قال بعض المتأخرين ولقائل أن يقول لعله أراد بدخوله كون نفسه موصى له ومستحقا للوصية فيحمل على أنه لو أعتق قبل موت الموصي صار مستحقا له ولا يضره كونه عبدا وقت الوصية اذ العبرة لوقت الموت فالخلاف بينهما غير حقيقي وأيضا الوصية بدأ للعبد ثم لمولاه لان العبد وما ملكه لمولاه فسكناه كاف في استحقاقه الوصية فتأمل الى هنا كلامه (أقول) كل من شقي كلامه غير صحيح أما الاول منهما فلان العبرة اذا كانت لوقت الموت دون وقت ايجاب الوصية كان الخلاف المذكور بينهما فيمن كان عبدا وقت الموت وكان الخلاف في ذلك حقيقيا لا محالة وأما الذي كان عبدا وقت الايجاب ثم أعتق قبل الموت فصار حرا وقت الموت فخارج عن محل الخلاف المذكور قطعا لانه لما صار حرا في الوقت الذي له العبرة في أحكام الوصية عامة وهو وقت موت الموصي صار من قبيل سائر الاحرار بلا تفاوت فلا يصلح أن يكون محل الخلاف فيما نحن فيه بلا ريب فكيف يحمل الكلام عليه وأما الثاني فلانه لا شك أن ليس معنى الوصية للعبد أن يملك شئ للعبد تمليكا مضافا الى الموت فيملكه العبد ابتداء عند الموت ثم ينتقل الملك من ذلك العبد الى مولاه ثانيا بل معناها تمليك شئ لمولى العبد كما هو الحال في سائر التمليكات للعبد على ما صرحوا به والا يلزم أن يكون العبد أهلا للملك لنفسه ابتداء ولم يقل به أحد فاذن كانت الوصية للعبد وصية لمولاه وكان التمليك تمليكا لمولاه فلا معنى لقول ذلك البعض فسكناه كاف في استحقاقه الوصية تأمل ترشد (قوله ومن أوصى لاصهاره) قال صاحب النهاية أي لاقرباء امرأته وفي الصحاح الاصهار أهل

وقوله (وما روي فيه ضعيف) يعني (٤٧٢) ما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال الجار أربعون دارا هكذا وهكذا أربع مرات اشارة الى الجوانب الاربعة فان قيل هذا خبر لا يعرف راويه وقال ابن قدامة هذا ان صح كان نصا في الباب وقد طعن في راويه (قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي) قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس قول أبي حنيفة أن يدخل السكان تحت الوصية من الجيران المتلاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال أبو بكر بن شاهويه هذه كرخدانية من محمد في مذهب أبي حنيفة وليس كذلك فانه بنى هذا الحكم على استحقاق الشفعة وهو الملاك وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذمي لان المسجد لا يضمه الا اذا أريد باتحاد المسجد سماع الاذان وقوله (ومن أوصى لاصهاره) أي لاقرباء امرأته قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة وانما قال وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيدة

(قوله اشارة الى الجوانب الاربعة) أقول وفي بعض الشروح أشار الى الجوانب الثلاثة يمين ويسار وخلف (قوله وقال ابن قدامة) أقول من الحنابلة (قوله وليس كذلك) أقول من كلام أبي بكر بن شاهويه (قوله وأقول ينبغي على قول محمد أن لا يدخل الذمي) أقول لا أدري ما وجه تخصيص محمد بالذكر

ان

لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضا وقوله (وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها) يعني وان ورثت منه بأن يكون الطلاق في المرض وقوله (ومن أوصى لاختانه) يعني ان الاختان تطلق على أزواج المحارم كزوج البنت والاخت والعمة والخالة وغيرها وعلى محارم الازواج فيكون كل ذي رحم محرم من أزواج المحارم من الذكور والانثى كلهم في قسمة الثلث سواء وقوله (ومن أوصى لاقاربه) يعني تصرف الى الاثنين فصاعدا الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم من جهة الاب أو الام غير الوالدين والولد اذا لم يكونوا وارثين عند أبي حنيفة وقوله (وفائدة الخلاف تظهر في آل أبي طالب) يعني أن الموصي اذا كان علويا فعلى القول الاول أقصى الاب علي فلا يدخل في الوصية أولاد عقيل وجعفر وعلى القول الثاني أقصى الاب أبو طالب لانه أدرك الاسلام وان لم يسلم فيدخل فيه أولاد عقيل وجعفر وبقية كلامه واضح الى قوله ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه وهو جواب عن قولهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به وبين كونه متروكا بالاجماع بقوله (فان عنده) أي عند أبي حنيفة بقيد ما ذكرناه من الاقرب فالاقرب بالقيود الستة التي ذكرناها (وعندهما بأقصى أب له في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى) وما كان متروكا بالاجماع لا يصح الاستدلال به لا محالة وقوله

وان كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها الا ان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط عند الموت قال (ومن أوصى لاختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج) لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال (ومن أوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون ذلك للاثنين فصاعدا وهذا عند أبي حنيفة وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) وهو أول أب أسلم او أول أب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فانه أدرك الاسلام ولم يسلم لهما أن القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يقيد بما ذكرناه وعندهما بأقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى

بيت المرأة اه واقتفى أثره في هذا التفسير والاستشهاد بما في الصحاح صاحبا العناية ومعراج الدراية (أقول) تفسير الاصهار في هذه المسئلة بأقرباء امرأته لا يناسب قول المصنف فيما بعد وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار فان كلا منهم ليس من أقرباء امرأته مع انهم يدخلون في الايصاء بالاصهار بناء على كون كلهم اصهارا كما صرح به المصنف فالوجه أن يفسر الاصهار في هذه المسئلة بما هو أعم من أقرباء امرأته وقد جاء في اللغة جعل الاصهار أعم من أقرباء المرأة قال في الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة عن الخليل قال ومن العرب من يجعل الصهر من الاحماء والاختان جميعا اه وقال في القاموس الصهر بالكسر القرابة وحرمة الختونة جمعه اصهار ثم قال وزوج بنت الرجل وزوج أخته والاختان أصهار أيضا اه تدبر (قوله وله أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية) أقول فيه بحث وهو انه ان أراد أن الوصية أخت الميراث في جميع الاحكام فهو ممنوع كيف وقد مر في الكتاب أنه يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم بلا خلاف ولا توارث بينهما لاختلاف الدينين على ما تقرر في محله وكذا قد مر فيه أنه تجوز الوصية للقاتل عند اجازة

(قوله لان الصهر في اللغة يجيء بمعنى الختن أيضا) أقول بدليل قولهم

لكل أبي بنت اذا ما ترعرعت * ثلاثة أصهار اذا عدد الصهر
فأولهم خدر وثانيهم امرؤ * وثالثهم قبر وخيرهم القبر

اه من شرح الزيادات للعتابي (قوله فصاعدا الاقرب فالاقرب) أقول يعني يقدم الاقرب فالاقرب وبالجملة فيه شرائط الاول أن يكون اثنين فصاعدا والثاني كونه قريبا والثالث كونه من ذي رحم محرم والرابع كونه من جهة الآباء والام والخامس كونه غير الوالدين والولد والسادس عدم كونه وارثا قال المصنف (وقال صاحباه الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له في الاسلام) أقول قال في الكافي يستوي فيه الاقرب والابعد والواحد والجمع والكافر والمسلم انتهى وهذا الكلام لمحمد يخالف ما قاله اذا أوصى رجل لامهات أولاده بالثلث وللفقراء والمساكين حيث اعتبر فيه معنى الجمعية ولم يعتبره هنا

(وإذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان) يعني وله ولد يحرز ميراثه فالثلث لعميه وهذا الى آخره تفصيل ما أجمله من القيود على مذهب أبي حنيفة وقوله (لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية) يعني لو كان العم اثنين كان لكل واحد منهما النصف فكذا اذا انفرد كان له النصف أيضا واعترض بأن في هذا جعل عدم المزاحم بمنزلة المزاحم حيث قال اذا كان معه عم آخر كان له النصف فكذا اذا لم يكن معه عم آخر وحينئذ كان لقائل أن يقول اذا كان عم واحد كان له الثلث لأنه اذا كان معه عمان كان له الثلث فكذا اذا لم يكن معه غيره وعلى هذا يقال يجب له الربع أو الخمس عند انفراده على تقدير أن يكون معه ثلاثة أعمام أو أربعة أعمام وهلم جرا وأجيب بأن ذلك غير لازم لأن اعتبار الجموع كلها ساقط لتعذره فتعين أدنى ما يستعمل فيه وهو الاثنان لتيقنه والعم الواحد نصف الاثنين فيكون له نصف ما لهما واذا أخذ العم النصف صار كأن لم يكن فيكون الباقي من الثلث للخالين وفي قولهما الثلث بينهم أثلاثا وقوله (لما بيناه) أراد به قوله لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان الخ وقوله (وهي أقوى) أي قرابة العمومة أقوى من قرابة الخؤولة وقوله (والعمة وان لم تكن وارثة) جواب عما يقال العمة لا تستحق العصوبة ويقدم العم على الأخوال بسببها فلم تكن قرابتها أقرب ووجهه أنها مستحقة للوصية ومساوية للعم في الدرجة وعدم استحقاقها العصوبة لوصف قام بها وهو الأنوثة لا يخرجها عن مساواتها العم في استحقاق هذه الوصية كالعم الرقيق أو الكافر لما أن حرمان الميراث لوصف قام به لا لضعف في القرابة وقوله (لانسبائه) الأنسباء جمع النسيب وهو القريب كالأنصباء في جمع النصيب وقوله (في جميع ما ذكرنا) يعني من القيود المذكورة على قول أبي حنيفة خلافا لهما قال (ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته) الوصية لأهل فلان تنصرف الى الزوجة عند أبي حنيفة والى كل من يضم نفقة فلان من الأحرار عندهما اعتبارا للعرف المؤيد بقوله تعالى وأتوني بأهلكم أجمعين فانه ليس المراد به الزوج خاصة وكذا قوله تعالى فنجيناه وأهله إلا امرأته وله أن الأهل في الزوجة حقيقة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله فلا يصار الى غيرها مع امكان العمل بها

قال (واذا أوصى لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه) عنده اعتبارا للأقرب كما في الارث وعندهما بينهم أرباعا اذ هما لا يعتبران الأقرب (ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها اذ هو الأقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا وكذا اذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه أو لأنسبائه في جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف قال ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة وقال يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني بأهلكم أجمعين وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله

الورثة اياها على ما تقرر في محله عند أبي حنيفة ومحمد ولا يجوز الميراث للقاتل عند أحد ولو أجازته الورثة كما صرح به وكذا مر فيه آنفا في مسئلة الايصاء لأختانه أنه يستوي فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد ولا ميراث للعبد أصلا ولا يستوي في الميراث الأقرب والأبعد على ما تقرر وان أراد ان الوصية أخت الميراث في بعض الأحكام فهو مسلم لكنه لا يفيد المطلوب اذ الخصم لا يسلم كون ما نحن فيه من ذلك القبيل بل هو أول المسئلة ثم ان أبا حنيفة رحمه الله لم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في مسئلتنا هذه أيضا من جهات متعددة حيث قال فيها باستواء الحر والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر كما قال به صاحباه على ما نص عليه الامام الزيلعي في التبيين حيث قال ويستوي الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين اهـ وقد أفصح عنه في الكافي وغيره أيضا ولا ميراث للعبد والكافر أصلا فضلا عن التساوي مع الحر والمسلم وأما الأنثى فانها وان ورثت الا أنها لا تستوي مع الذكر في الاستحقاق البتة فلم يعتبر الأخوة بين الوصية والميراث في هاتيك الأمور في مسئلتنا هذه أيضا فكيف يتم الاستدلال على مدعى أبي حنيفة ههنا بأن الوصية أخت الميراث فيعتبر فيها ما يعتبر فيه ولعل صاحب البدائع تفطن له فلم يتعرض في الاستدلال على قول أبي حنيفة في هذه المسئلة لحديث الأخوة بين الوصية والميراث بل استدل عليه بوجه آخر ذكره وفصله كما لا يخفى على الناظر في كتابه ذلك (قوله وله أن اسم الأهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة) أقول في الاستشهاد بقوله تعالى وسار بأهله

ومنه

قيل في الاستدلال بهذه الآية نظر لانه خاطب بلفظ الجمع بقوله امكثوا والمرأة لا تخاطب بذلك والجواب انه لم ينقل انه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمهم نفقته فان كان معه من الارقاء أحد لم يدخل فيه بالاتفاق على أن الحقائق لا يستدل عليها الا من طريق معرفتها السماع كما عرف في الاصول وانما استشهد بالآية تأنيسا فان ثبت ان ما في الآية ليس على معنى الحقيقة لا ينافي مطلوبه كالآيات التي استدلا بها وقوله فلان تأهل ببلدة كذا هو المسموع الدال على الحقيقة لتبادر الفهم اليه وقوله (لان الانسان يتجنس بأبيه) فان ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس قريش وأولاد الخلفاء صلحوا للخلافة وان كان أكثرهم من الاماء فعلم أنهم يدخلون في هذا اللفظ دون عشيرة الام وقوله (ولو أوصى لايتام فلان) اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم قال صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام والعميان والزمنى معروفة والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان أو امرأة من أرمل اذا افتقر من الرمل كادقع من الدقعاء وهي التراب ومن الناس من قال الارمل في النساء خاصة والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم وهو اختيار الشعبي فاذا أوصى لهؤلاء فاما أن يكونوا قوما يحصون أولا فان كان الاول وحد الاحصاء عند أبي يوسف أن لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب ولا حساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون وقال محمد اذا كانوا أكثر من مائة فانهم لا يحصون وهو الايسر وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لان الوصية (٤٧٥) تمليك وتحقيق التمليك فيهم ممكن وان كان الثاني فالوصية للفقراء منهم لما ذكره في الكتاب وهو واضح

ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة قال ولو أوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو أوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده لان الاب أصل البيت ولو أوصى لاهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه أهل بيت أبيه دون أمه لان الانسان يتجنس بأبيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الام والاب ولو أوصى لايتام بني فلان أو لعميانهم أو لزمناهم أو لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه أمكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية في الفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء

نظر لانه انما يدل على أن لفظ الاهل يطلق على الزوجة بطريق الحقيقة ولا يدل على انه لا يطلق على غيرها أيضا بطريق الحقيقة اذ لا يلزم من أن يراد بلفظ في موضع فرد مخصوص من أفراد معناه أن لا يجوز اطلاق ذلك اللفظ بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراد ذلك المعنى ألا ترى انك اذا قلت رأيت انسانا يفعل كذا وأردت بالانسان هنالك فردا مخصوصا من أفراده لا يلزم منه أن لا يطلق لفظ الانسان بطريق الحقيقة على فرد آخر من أفراده في موضع آخر فاذن لا يثبت بتلك الآية مطلوب أبي حنيفة هنا وهو اختصاص الوصية لاهل فلان بزوجته بل يجوز أن تتناول غيرها أيضا كما قال صاحباه واعترض عليه صاحب الغاية بوجه آخر حيث قال وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى فنجيناه وأهله الا امرأته ومنها وهبنا له أهله ومثلهم معهم كذا قال الاتقاني وقال ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فتحمل على الكل الا أن المماليك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم (قوله اليتيم اسم لمن مات أبوه قبل الحلم) أقول قوله قبل ظرف لاسم والظاهر أنه من باب التنازع قال الكاكي اليتيم صغير لا أب له وفي الجامع الكبير لشمس الائمة فان قيل أليس ان الكفار يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم أبي طالب قلنا هذا لطف من الله تعالى له عليه الصلاة والسلام فانهم كانوا يسمون اليتيم وهو ليس بيتيم فلا يتناوله سبهم كما يسبون مذمما وهو ليس كذلك بل كان محمدا عليه الصلاة والسلام انتهى (قوله والارمل هو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان أو امرأة) أقول في المحيط الارامل كل امرأة فقيرة بلغت فارقها زوجها أو مات عنها دخل بها أو لم يدخل وقول محمد حجة وهكذا قال صاحب الزاهر ان الارملة هي التي لا زوج لها مأخوذ من قولهم أرمل القوم اذا فني زادهم والذكر يسمى أرملا مجازا خلافا للشعبي وابن قتيبة قال صاحب الزاهر لا يقال رجل أرمل الا في الشذوذ ومطلق الكلام يحمل على الشائع المستفيض بين الناس لا على الشاذ النادر انتهى (قوله والمختار عند المصنف هو الاول حيث قال ذكورهم واناثهم) أقول في دلالة ذلك على ما ذكره بحث فان الظاهر ان كلامه على التوزيع بناء على عدم الالتباس وانظر الى الكافي (قوله وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي) أقول وعليه الفتوى (قوله دخل في الوصية فقراؤهم) أقول هذا جواب ان كان الاول

(قوله قيل في الاستدلال) أقول القائل هو الاتقاني (قوله على أن الحقائق لا يستدل عليها) أقول ان أراد أنه لا يستدل عليها بالقياس فمسلم ولكن ليس الاستدلال عليها بالآية الكريمة كذلك بل هو من قبيل السماع وان أراد مطلقا فغير مسلم (قوله كالآيات التي استدلا بها) أقول منها ما ذكره في الكتاب ومنها

وقوله (بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لايامى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية) فيه اشارة الى أنهم اذا كانوا يحصون كان الحكم كما تقدم في دخول الغنى والفقير وهل يدخل الذكر والانثى في الايامى دخوله في الارامل أولا قال الكرخى يدخل لان الأيم هى التى لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا أو يقال رجل أيم أيضا وقال محمد الأيم هى الثيب خاصة وقول المصنف محتمل والظاهر دخوله لانه تركه اعتمادا على ذكره في الارامل وانما بطلت الوصية في الشبان والايامى لانه ليس في اللفظ ما يدل على الفقير حتى يصرف الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة وتعذر الصرف اليهم لكثرتهم فبطلت قال محمد الغلام ما كان له أقل من خمسة عشر والفتى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ أربعين فزاد عليه وما بين خمسين الى ستين الى أن يغلب الشيب فحينئذ يكون شيخا وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا بمعنى الجمع وأقله اثنان فى الوصايا على ما مر وقوله (ولو أوصى لبنى فلان) يعنى اذا أوصى لبنى فلان فلا يخلو اما ان يريد مفهومه الاضافى أو يكون اسم قبيلة أو فخذ فان كان الاول لم يدخل فيه الاناث عند أبى حنيفة رجع اليه وكان يقول أولا يدخل وهو قولهما والخلاف عند الاختلاط أما اذا كانت الاناث منفردات فلا تدخل بالاتفاق وجه قولهما ان جمع الذكور يتناول الاناث وقد عرف فى موضعه ووجه قوله الآخر أن حقيقة هذا الاسم وانتظامه الاناث تجوز ولا يصار اليه عند امكان العمل بالحقيقة وان كان الثانى يتناول لان المراد به مجرد الانتساب لبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم يقسم الوصى بين من يقدر عليهم من فقرائهم قال (ومن أوصى لولد فلان) ومن أوصى لولد فلان اما أن يكون أبا خاصا أو فخذا فان كان الاول فالوصية تناولت الاولاد دون أولادهم الذكر والانثى عند الانفراد

والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول الصلبى كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجازا لا يصار اليه عند امكان العمل بها فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل أولاد الاولاد وأولاد الابناء رواية واحدة وفى أولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة أن الوصية لولد فلان تتناول الولد وولد الولد فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم قال القدورى والصحيح أنهم لا يدخلون وذكر فيه (ومن الحقيقة والمجاز كما ذكرنا وان كان الثانى يدخلون وان كان الصلبى قائما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة فتكون مرادة فتدخل بخلاف ما اذا كان أبا خاصا فان بنيه وبناته قد تخلو عن الاولاد فلا تكون مرادة

بخلاف ما اذا أوصى لشبان بنى فلان وهم لا يحصون أو لأيامى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع وأقله اثنان فى الوصايا على ما مر ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاناث فى قول أبى حنيفة أول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه للاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة أو فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها أعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال (ومن أوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء) لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا

وسار بأهله فيه نظر لانه لم يرد فى الآية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار بأهله آنس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا ألا يرى انه خاطبهم بخطاب الجمع اهـ وأجاب عنه

قال المصنف (وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين) أقول مخالف لما سبق فى باب الوصية بثلث المال فيما اذا أوصى لامهات أولاده وللفقراء والمساكين الا أن يكون هذا قول محمد ثم رأيت فى غاية البيان أن المسئلة مختلف فيها وان هذا قول محمد والحمد لله تعالى (قوله ولو أوصى لبنى فلان يدخل فيهم الاناث فى قول أبى حنيفة أوّل قوليه وهو قولهما) أقول وفى الكافى مخالف لما فى الكتاب ففيه ولو أوصى لبنى فلان فهو للذكور لا غير عند أبى يوسف وهو قول أبى حنيفة آخرا اعتبارا للحقيقة وقال محمد يدخل فيه الاناث وهو قول أبى حنيفة أولا اهـ فلعل فيه روايتين (قوله فهم ذلك من قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم) أقول أى يورثكم فان ولد الابن يدخل فى الميراث مع البنت الصلبية والجواب أنه دخل فى الميراث مع البنت بدليل آخر كذا فى معراج الدراية وعندى أن الفهم بطريق آخر فانه اذا لم يكن للميت صبى وكان له ابن ابن وبنت ابن مثلا يكون المال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين بهذه الآية فعلم أن الاولاد يتناول أولاد الاولاد لأن فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته لا تخلو عن الاولاد عادة أقول فيه بحث فان الخلو وعدم الخلو لا مدخل له فى كون أولاد الاولاد مرادة اذا كانت معنى مجازيا للاولاد الا اذا قامت قرينة على ارادتها أيضا والظاهر أن يقال اذا كان فلان فخذا يكون المراد مجرد الانتساب اليه فيدخل الكل بخلاف ما اذا كان أبا خاصا فليتأمل

وقوله (ومن أوصى لورثة فلان) واضح وقوله (ومن أوصى لمواليه) مبناه على جواز عموم المشترك وعدم جوازه والشافعي يجيز ذلك فأجاز هذا وأصحابنا ما جوزوه وكذلك هذا المروي عن الشافعي رواية عن أبي حنيفة لكن لا على جواز عموم المشترك بل على أن لفظ المولى يطلق على الأعلى والأسفل متواطئ كالأخوة على بني الأعيان وبني العلات وبني الأخياف وليس بظاهر لأن معنى الأخوة في الجميع واحد وهو اشتمال صلب الأب أو الرحم عليهم ومعنى المولى ليس كذلك فإن معنى الأعلى منعم ومعنى الأسفل منعم عليه فكان في أحدهما بمعنى الفاعل وفي الآخر بمعنى المفعول وإليه أشار بقوله إن الجهة مختلفة وقوله (في موضع الإثبات) احتراز عن صورة النفي كما ذكر في الكتاب وهو اختيار شمس الأئمة وعامة أصحابنا على أن لا عموم للمشترك لا في النفي ولا في الإثبات وأجابوا عن مسئلة الحلف بترك الكلام مع المولى مطلقا بأنه ليس لوقوعه في النفي بل الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده فإن قيل سلمنا أن لفظ المولى مشترك لكن حكمه التوقف فكيف قال فالوصية باطلة أجيب بأن الكلام فيما إذا مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد فإن قيل الترجيح من جهة أخرى ممكن وهو أن تصرف الوصية إلى المولى الذي أعتقه لأن شكر المنعم واجب وأما فضل الإنعام في حق المنعم عليه فمندوب والصرف إلى الواجب أولى منه إلى المندوب كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى أجيب بأنها معارضة بجهة أخرى وهو أن العرف جار بوصية ثلث المال للفقراء والغالب في المولى الأسفل الفقر وفي الأعلى الغنى والمعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو المروي عن أبي يوسف بهذا المعنى ولو أوصى لمواليه وليس له المولى الأعلى فالوصية جائزة ويدخل فيها المعتق في حال الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتقه لا يثبت بعد الموت لأن المتوقف على الشيء لا بالعلية يعقبه وجودا والوصية تضاف إلى حالة الموت لأنها أخت الميراث والميراث كذلك فلا بد من تحقيق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما

(ومن أوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين) لأنه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بأن قصده التفضيل كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موال أعتقهم وموال أعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه إن الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر أنه يوقف حتى يصالحوا وله أن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالإخوة ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله

صاحب العناية حيث قال بعد نقله والجواب أنه لم ينقل أنه كان معه أحد من أقاربه أو أقاربها ممن ضمهم نفقته فإن كان معه الأرقاء لم يدخل فيه أحد بالاتفاق اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن هذا كلام خال عن التحصيل في دفع نظر صاحب الغاية فإن حاصل نظره القدح في الاحتجاج لأبي حنيفة بقوله تعالى وسار بأهله بناء على أن ما وقع في سياقه من خطاب الأهل بلفظ الجمع يأبى كون المراد بالأهل هنالك الزوجة خاصة لا الاستدلال على قول صاحبيه بتلك الآية حتى يتم ما ذكره صاحب العناية جوابا عنه تأمل تفهم فالأظهر في تعليل قول أبي حنيفة هنا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولأبي حنيفة أن الأهل عند الإطلاق يراد به الزوجة في متعارف الناس يقال فلان متأهل وفلان لم يتأهل وفلان له أهل وفلان ليس له أهل ويراد به الزوجة فتحمل الوصية على ذلك اهـ تبصر تقف (قوله ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله) أقول في التعليل كلام لأن مقتضى قوله لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت أن لا تجوز الوصية لأحد من هؤلاء أصلا إذ يلزم حينئذ أن يكونوا أرقاء في حالة تضاف الوصية إليها وهي حالة الموت فإن المفروض كون ثبوت عتقهم بعد الموت وكون إضافة الوصية إلى حالة الموت والوصية للرقيق بشيء غير رقبته لا تجوز كما نصوا عليه وقد مر في الكتاب أن الوصية لأمهات الأولاد بثلث ماله جائزة ولا يمكن أن تتعلق تلك الوصية برقبتها لأن الوصية بالرقبة إعتاق والوصية لها لا تحتمل أن تكون إعتاقا لأنها تعتق بموت مولاها وإن لم تكن ثمة وصية أصلا كما

(قوله فيصير بذلك المعنى كالشيء وقد قررناه في التقرير) أقول قال في التقرير يتناول الموجودات المختلفة باعتبار معنى واحد انتهى ثم قال كذا في أصول شمس الأئمة وفيه نظر لأنه يفضي إلى جواز إرادتهما فيما يصح الجمع بينهما ولسنا نقول به إلا إذا جعل معنى كلامه أن الكلام متروك بدلالة اليمين إلى مجاز يعمهما وهو أن يكون المولى من تعلق به عتق وهذا المعنى بعمومه يتناول الأعلى والأسفل انتهى ما في التقرير

(وعن أبي يوسف أنهم يدخلون) لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد (لازم) أي ثابت مستقر والاصح الاول لانهم لا ينسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت (ويدخل فيه) أي في هذا الايصاء يعني بالاجماع عبد قال له مولاه وهو واضح ولو أوصى لمواليه وله موال وأولاد الموالي وموالي الموالاة دخل معتقوه وهو ظاهر وأولادهم لان نسبتهم اليه بالولاء للعتق الذي باشر في آبائهم والفروع أجزاء الاصول فكان الاطلاق حقيقة فيهم كما في أصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم المولى عنهم بخلاف ما تقدم من بني فلان وأولادهم لان النفي عن الفروع صحيح حيث يجوز أن يقال ليسوا بني فلان وانما هم بنو بنيه وعن أبي يوسف أنهم يعني موالي الموالاة يدخلون أيضا لما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (والاعتاق لازم) جواب عما يقال لما كانت الجهة مختلفة وجب بطلان الوصية كالمولى الاعلى والاسفل ووجهه أن المشترك لا يعمل به الا اذا لم تكن قرينة على أحد المعنيين وههنا قرينة تعين أحدهما وهو أن ولاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة ضعيف مختلف فيه بين العلماء وسببه عقد يحتمل الفسخ فلا تتحقق المزاحمة بينهما ولو لم يكن له الا موالي موالاة كان الثلث لهم لان الحقيقة اذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز صونا لكلام العاقل عن الالغاء

وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فأنت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال وأولاد موال وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة وعن أبي يوسف أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة

حققه الشراح هنالك فكان بين تلك المسئلة وبين هذا التعليل تدافع ويمكن أن يقال جواب تلك المسئلة على موجب الاستحسان كما ذكروه هنالك وهذا التعليل على موجب القياس ووجه الاستحسان الذي ذكروا هنالك غير متمش ههنا كما يعرف بالتأمل الصادق فلا يصار اليه ههنا (قوله وعن أبي يوسف انهم يدخلون أيضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء) قال بعض المتأخرين قلت لا يخفى ان تناول الاسم للاعلى والاسفل بطريق التواطؤ ليس بأبعد من كون هذا التناول كذلك فالعجب أن أبا يوسف جوز هذا دون ذلك اه (أقول) ان أبا يوسف جوز ذلك أيضا في رواية عنه كما صرح به صاحب الكافي هنالك حيث قال وقال الشافعي الوصية لهم جميعا وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول زفر لان الاسم يتناولهم اه وصرح به صاحب معراج الدراية أيضا هنالك حيث قال وروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الوصية لهم جميعا وهو قول زفر وأحمد والشافعي في قول اه وما ذكره المصنف في هذه المسئلة رواية أيضا عن أبي يوسف لا قوله مطلقا كما يشير اليه قول المصنف وعن أبي يوسف حيث ذكره بكلمة عن ولم يقل وقال أبو يوسف ويرشد اليه أيضا أن شمس الائمة ذكر هذه المسئلة في شرح الجامع الكبير ولم يذكر الاختلاف فيها بل ذكر فيها القياس والاستحسان فقال في القياس يدخلون وفي الاستحسان لا يدخلون كما ذكر تفصيله في النهاية ومعراج الدراية فالعجب من ذلك البعض أنه لم يطلع على رواية تجويز أبي يوسف تناول الاسم للكل في المسئلتين معا مع كونها مذكورة في الكتب المشهورة المتداولة فتعجب أنه جوز التناول للكل في هذه المسئلة دون الاولى ومفاسد قلة التدبر والتتبع مما يضيق عن الاحاطة به نطاق البيان (قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام وبخلاف ما اذا لم يكن له موال أي موالي العتاقة ولا أولاد الموالي أي ولا أولاد موالي العتاقة يعني حينئذ الثلث لموالي الموالاة وقال في الجامع الكبير وان لم يكن له الا موالي الموالاة كان الثلث لهم لان الاحق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه انتهى واقتفى أثره صاحب العناية (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ لو كان مراد المصنف ذلك لما صح تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة فان لفظ المولى مشترك بين المعتق وبين مولى الموالاة كما يدل عليه قول المصنف آنفا ومحمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي المولى عقد الالتزام وقد صرح الشراح قاطبة باشتراكه بينهما وبنوا مراد المصنف هنالك على وفق ذلك فلو كان مراد المصنف ههنا ما ذهب اليه صاحبا النهاية

ولو

(قوله وهو ان ولاء الاعتاق بمنزلة النسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته وولاء الموالاة الخ) أقول فيه بحث (قوله لان الحقيقة اذا لم تمكن وجب العمل بالمجاز) أقول مخالف لما ذكره آنفا من القول بالاشتراك الا أن يبنى على التسليم والتنزل

(ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) وحكم ولد المعتق حكم المعتق لما ذكرنا أن اسم الموالى لاولاد الموالى حقيقة وقوله (ولا يدخل فيه) أى فيما اذا أوصى لمواليه (موال أعتقهم) هكذا وقع فى النسخ ولكن الصواب أن يقال موال أعتقهم أبوه أو ابنه لان التعليل يطابق ذلك دون المذكور فى الكتاب وهذا لان الحقيقة هو أن يباشر اعتاق مملوك فيصير به مولى عنه والمجاز أن يتسبب لذلك باعتاق مملوك فيعتق ذلك المعتق مملوكا ولم يوجد فى حق موالى الاب والابن فعل الاعتاق ولا تسببه فقلنا انهم لا يدخلون فى هذه الاضافة وهذا المعنى كما ترى لا يستقيم على ما وقع فى النسخ لان الذين أعتقهم موال له حقيقة وقوله (وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة) جواب عما روى عن أبى يوسف أن موالى أبيه تدخل اذا مات أبوه وورث ولاءهم لانهم مواليه حكما ولهذا يحرز ميراثهم ووجه ذلك ان احرازه الميراث ما كان لكونهم موالى له لكن الشرع أقام عصبة المعتق مقام المعتق فى حق الميراث لان الولاء كالنسب لا يورث نص عليه صاحب الشرع قال الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو نص صريح فى عدم الانتقال فكان بطريق العصوبة وقوله (بخلاف معتق البعض) قال فى النهاية هكذا وقع فى النسخ وليس بصواب والصواب أن يقول بخلاف معتق المعتق كما هو المذكور فى الايضاح لانه يثبت بهذا الفرق بين موالى الموالى وبين موال أعتقهم أبوه أو ابنه على ما ذكرنا من النسخة الصحيحة فيه أيضا وذلك انما يستقيم اذا كان بخلاف معتق المعتق وأما معتق البعض فعند أبى حنيفة لم ينسب اليه بالولاء بعد لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وعندهما ان نسب اليه انما ينسب اليه بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره وذكر بعض الشارحين أن النسخة فى قوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم باثبات لفظة ابنه وههنا بخلاف معتق البعض فجعله مرتبطا بقوله ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه ومعناه فان معتق البعض يدخل تحت الوصية للمولى لانه مولاه حقيقة بخلاف موالى الام لانهم ليسوا مواليه أصلا ولكن ينبغى أن يكون هذا على مذهبهما لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عند قيام الكتابة وهذا فيه تصحيح نسخة الكتاب فى الموضعين وان كان فيه بعد من حيث الايراد على مذهبهما خاصة والله أعلم

ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موال أعتقهم ابنه أو أبوه لانهم ليسوا مواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء والله أعلم بالصواب

والعناية لما صح قوله فى التعليل لان اللفظ لهم مجاز اذ لا شك أن اللفظ المشترك حقيقة فى كل واحد من معنييه أو معانيه والصواب أن مراد المصنف ههنا هو أنه اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى فالثلث لموالى الموالى فحينئذ يرتبط قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا أولاد الموالى بما قبله أشد ارتباط وينتظم تعليله بقوله لان اللفظ لهم مجاز الخ انتظاما تاما كما لا يخفى وقد صرح فى الكافى بعين ما قلنا عند تقرير هذه المسئلة وفى غاية البيان أيضا عند شرح كلام المصنف هنا وكأن صاحب النهاية انما اغتر بما نقله عن الجامع الكبير فان المذكور فيه موالى الموالاة دون موالى الموالى لكن التعليل المذكور هنالك وهو قوله لان الاسم حق اذا لم يوجد وجب العمل بما دونه مطابق للمسئلة غير آب عنها فانه لا ينافى الاشتراك لجواز أن يكون أحد معنيى المشترك أحق بالارادة من الآخر لأمر مرجح وان كان اللفظ حقيقة فى كل واحد منهما كما أشار اليه المصنف فيما مر بقوله والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق بخلاف تعليل المصنف هنا على تقدير أن يراد بالمسئلة ما ذكر فى الجامع الكبير كما توهمه صاحب النهاية وتبعه صاحب العناية فانه لا يطابق المسئلة حينئذ بل يأباه جدا كما بيناه آنفا (قوله ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لقائل أن يقول لم لا يصار ههنا الى عموم المجاز صيانة لكلام العاقل عن الالغاء فى حق النصف والمصير الى عموم المجاز مخلص معروف فى دفع الجمع بين الحقيقة والمجاز وطريقه ههنا أن يحمل الموالى على من كان للموصى مدخل فى عتقه أعم من أن يكون بطريق المباشرة كما فى معتق نفسه أو بطريق التسبيب كما فى معتق معتقه فليتأمل والله أعلم

قال المصنف (ولو كان له معتق واحد وموالى الموالى فالنصف لمعتقه والباقى للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز) أقول لم لا يجوز أن يراد المعنى العام لكليهما بقرينة صيغة الجمع وانحصار المعتق فى الواحد وجوابه أن الانحصار وقت الوصية لا يمنع صيغة الجمع فى معناها بناء على تجوز أن يوجد له معتق آخر حين الموت (قوله لانه يثبت بهذا الفرق) أقول قوله الفرق فاعل يثبت (قوله وذكر بعض الشارحين) أقول أراد الاتقانى (قوله لان معتق البعض كالمكاتب) أقول الظاهر أن يقال لان معتق البعض عند أبى حنيفة كالمكاتب

لما فرغ من أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره) كلامه واضح و يفيد الموافقة بين الوصية والعارية في كون كل منهما تمليك المنافع بغير عوض والمباينة بينهما و بين الارث لان الوصية تعتمد التمليك والمنافع تقبل ذلك للحاجة حالة الحياة (فكذا بعد الممات) لان الموت

لا يزيلها والارث خلافة (فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى) واذا جازت الوصية بمنفعة العبد جازت بغلته لانها بدلها فأخذت حكمها (والمعنى) وهو الحاجة (يشملهما) يعني المنفعة والغلة وقوله (فان خرجت رقبة العبد) فيه تفصيل وهو أنه اذا أوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان قال أبدا أو جعل ذلك زمانا فان كان الاول وخرجت رقبة العبد من الثلث أو لم تخرج ولكن أجازت الورثة التسليم اليه يسلم اليه ليخدمه وان لم تجزه الورثة خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى أن يموت وان كان الثاني فاما أن عين سنة مثل أن يقول سنة ست وسبعين وسبعمائة أو لم يعين فان عين ومضت تلك المدة قبل موت الموصي بطلت الوصية وان مات الموصي بعد مضي بعض من تلك السنة أو مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث أو أجازت الورثة فانه يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان لا يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين حتى تمضي السنة التي عينها ثم يسلمه الى الورثة وان لم يعين فان كان العبد يخرج من ثلث المال أو لا يخرج وأجازت الورثة يسلم العبد الى الموصى له ليستخدمه سنة كاملة ثم يرده الى الورثة وان لم يخرج ولم تجز الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرده الى الورثة وهذا الحكم على خلاف ما اذا أوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة على ما سنذكره

﴿باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة﴾

قال (وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك أبدا) لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان و يكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فأخذ حكمها والمعنى يشملهما قال (فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه) لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة (وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا تمكن قسمة العبد أجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان تجوز أيضا لان الحق لهم الا أن الاول وهو الاعدل أولى وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لانه خالص ملكهم

﴿باب الوصية بالمنافع﴾

لما فرغ من بيان أحكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان الوصايا المتعلقة بالمنافع وأخر هذا الباب لما أن المنافع بعد الاعيان وجودا فأخرها عنها وضعا كذا في الشروح (أقول) فيه شئ وهو أن هذا انما يتم في حق الوصية بالسكنى والوصية بالخدمة دون الوصية بالثمرة لان الثمرة من قبيل الاعيان والباب يشمل الاقسام الثلاثة كلها عنوانا وأحكاما فلا يتم التقريب وان صير الى التوجيه ببناء الكلام على الاكثر يبقى تأخير الوصية بالثمرة خاليا عن بيان النكتة كما لا يخفى (قوله الا أن الاول وهو الاعدل أولى) قال بعض المتأخرين فيه أن المفروض كون المهايأة باختيارهم فالمتأخر يسقط حقه فلا تبقى الاولوية الا بالزام الحاكم حتى يكون أولى انتهى (أقول) ليس هذا بسديد لان اسقاط المتأخر حقه لا يلزم أن يكون بطيب خاطره بل يجوز أن يكون مع الكراهة لامر يدعو اليه فكيف يساوي هذا استيفاء حقه كملا كما في الاول ثم ان سلم كون اسقاط حقه عن طيب خاطره البتة فهو لا يقتضي الا انتفاء الظلم له وتحقق العدل في الجملة وذلك لا ينافي كون الاول أعدل منه

وجه

قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة) اذا مات الموصى له عاد الموصى به الى ورثة الموصى (لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الحكم الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى) لما تقدم أن الميراث خلافة فيما يتملكه المورث وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى لكن يجوز أن يستحقه الذات لانه لم يرض به واستحقاق الملك من غير مرضاة المالك لا يجوز (ولو مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت) الوصية (لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل) أى فى فصل اعتبار حالة الوصية عند الموت (ولو أوصى بغلة عبده فى بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب

أوداره) فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له بنفسه أو سكن الدار الموصى بغلتها بنفسه اختلف المشايخ فى ذلك على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح وقوله (وليس للموصى له بالخدمة أن يؤجر العبد والدار) واضح سوى ألفاظ نذكرها (قوله اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل) قد تقدم فى باب العارية وفى الحقيقة هذا المعنى راجع الى الاصل المقرر وهو أن الشئ لا يتضمن ما فوقه وقوله (الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره) جواب عما يقال الوصية وان كانت غير لازمة ابتداء لكنها تصير لازمة بعد الموت لعدم قبولها الرجوع حينئذ ووجه ذلك ان الاعتبار للموضوعات الاصلية والوصية فى وضعها غير لازمة وانقطاع الرجوع بموت الموصى من العوارض فلا معتبر به

وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه قال (فان كان مات الموصى له عاد الى الورثة) لان الموصى أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز (ولو مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت) لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو أوصى بغلة عبده أو داره فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم أو دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر العبد أو الدار وقال الشافعى له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل أو غير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على أصله وليس بتمليك ولنا أن الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل فى حالة الحياة على أصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه أن التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا أن الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع أما هو فى وضعه فغير لازم

قال المصنف (وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار

للتسوية بينهم ذاتا وزمانا ولا شك أن الاعدل أولى (قوله وجه الظاهر أن حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث) أقول فيه بحث أما أولا فلانه منقوض بما اذا أوصى لرجل بعين داره ولم يكن له مال غيرها فاقتسمها الموصى له مع الورثة على الثلث والثلثين فان للورثة هناك أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى تلك الدار بلا خلاف مع جريان هذا الدليل هناك أيضا بأن يقال ان حق الموصى له ثابت فى عين جميع الدار بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وأما ثانيا فلانه ان كان حق الموصى له ثابتا فى سكنى جميع الدار بمجرد احتمال ظهور مال آخر للميت وخروج الدار من الثلث فاما أن يكون حق الورثة أيضا ثابتا فى سكنى جميع تلك الدار أولا فان كان الاول يلزم أن يثبت فى سكنى جميع الدار الواحدة فى حالة واحدة حقوق أشخاص واللازم باطل لاستحالة أن يسكن أشخاص متعددة على حدة فى جميع محل واحد فى زمان واحد لاستلزامه تداخل الاجسام وظهور بطلان تعلق الحق بأمر محال وان كان الثانى يلزم أن لا يقسم عين الدار بين الموصى له والورثة اثلاثا للانتفاع وأن لا يقسم الدار بينهم مهايأة من حيث الزمان

بأن ظهر للميت مال آخر) أقول قال الكاكى ويعتبر هذا الاحتمال لانه نشأ من دليل وهو ايصاء الميت بكل منافع الدار مع علمه ان الايصاء بالزيادة على الثلث حرام شرعا فلو لم يكن له مال سوى هذه الدار لم يوص بجميع منافعها احترازا عن المحرم شرعا اه وفيه تأمل (قوله فاستخدم العبد الموصى بغلته الموصى له) أقول قوله الموصى له فاعل استخدم قال المصنف (وقيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود) أقول لا يخفى أن الانسب للمقام كان أن يقول لان عين المنافع كقيمتها لكنه قلب تنبيها على قوة المعنى وجوازها بطريق الاولى فليتأمل

وقوله (ولان المنفعة) دليل آخر وقوله (وهذا لا يجوز) يعنى بناء على ما قال ولا يملك الاقوى بالاضعف وهو ظاهر واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل وأجيب بأن كلام المصنف فى الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه وقوله (اذا كان يخرج من الثلث) احترازعما اذا لم يخرج فانه ليس له الاخراج الى أهله الا باجازة الورثة وقوله (واذا كانوا فى غيره) أى فى غير مصر الموصى وقوله (ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره) قد علم جوازه فيما تقدم من طريقين ولعله ذكره تمهيدا لقوله (ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة) يعنى اذا لم تجز الورثة كانت الوصية بغلة عبده سنة وتذكير الضمائر اما بتأويل المال أو نظرا الى الخبر وقوله (لانه عين مال تحتمل القسمة بالاجزاء) وكل ما هو كذلك تعلق الوصية بثلثه ان لم يخرج من الثلث وفيه اشارة الى الفرق بينها وبين الخدمة فان العبد لما لم يحتمل القسمة بالاجزاء صرنا الى قسمة استيفاء الخدمة بطريق المهاياة الى ما يستوفى خدمته سنة كاملة كما مر ذكره وقوله (ولو أراد الموصى له قسمة الدار) ظاهر الى قوله (عطفا منه لاحدهما على الآخر) ومعنى ذلك أنه عطف قوله والآخر برقبته على قوله أوصى له بخدمة عبده (فتعتبر هذه الحالة) يريد حالة العطف (بحالة الانفراد) أى بحالة انفراد احدى الوصيتين عن الاخرى فلا تتحقق المشاركة بينهما فيما أوجب لكل واحد منهما

ولان المنفعة ليست بمال على أصلنا وفى تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها أما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان مملكا أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله فى غير الكوفة فيخرجه الى أهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كانوا فى مصره فمقصوده أن يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا فى غيره فمقصوده أن يحمل العبد الى أهله ليخدمهم ولو أوصى بغلة عبده أو بغلة داره يجوز أيضا لانه بدل المنفعة فأخذ حكم المنفعة فى جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم أو دنانير فكان بالجواز أولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو أراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذى يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا فى رواية عن أبى يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذلك للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له فى عين الدار وانما حقه فى الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو أوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه أوجب لكل واحد منهما شيأ معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد

اثلاثا لثبوت حق الموصى له فى سكنى جميع الدار وعدم ثبوت حق الورثة فى ذلك على الفرض مع أن المسئلة خلاف ذلك كما مر آنفا فى الكتاب (قوله فانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها) قال فى العناية واعترض عليه باجارة الحر نفسه فانه لا يملك منفعته تبعا لملك رقبته ولا بعقد المعاوضة ويجوز له أن يملكها ببدل وأجيب بأن كلام المصنف فى الوصية فمراده بالمنفعة منفعة تجوز الوصية بها ومنفعة الحر ليست كذلك فلا يكون واردا عليه اهـ (أقول) الجواب منظور فيه لان كون كلام المصنف فى الوصية لا يقتضى كون مراده بالمنفعة المذكورة فى مقدمات دليله منفعة تجوز الوصية بها فان مقدمات الدليل لا يلزم أن تكون مساوية للمدعى بل لا بد من كلية الكبرى اذا كان انتاج الدليل بطريق الشكل الاول وههنا كذلك اذ حاصل هذا الدليل أن الخدمة والسكنى من قبيل المنافع والمنافع ليست بمال على أصلنا وما ليس بمال فى تمليكه بالمال احداث صفة المالية فيه تحقيقا للمساواة فى عقد المعاوضة وما فى تمليكه احداث صفة المالية فيه لا تثبت الولاية عليه بهذه الصفة الا لمن تملكه تبعا لملك الرقبة أو لمن تملكه بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التى تملكها ولا يكون مملكا أكثر مما تملكه فانه لا يجوز شرعا ولا يذهب على ذى مسكة أن ما عدا الصغرى من المقدمات المذكورة مع اقتضاء الادلة الشرعية كلية كل واحدة منها فى نفسها الاجمال لتقييد شئ منها بما يخرج به منفعة الحر لوقوعها فى محل

ثم

(قوله وتذكير الضمائر اما بتأويل المال أو نظرا الى الخبر) أقول يعنى من الخبر قوله بدل المنفعة قال المصنف (لانه أوجب لكل واحد منهما شيأ معلوما عطفا منه) أقول أى من محمد أو من الموصى فانه عطف قوله ولآخر برقبته بالواو على قوله أوصى له بخدمة عبده كذا فى شرح الكافى والأقرب عندى هو الثانى (قوله ومعنى ذلك أنه عطف الخ) أقول يعنى ان محمدا عطف الخ

وقوله (ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة) كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة (والخدمة للموصى له) من غير اشتراك (فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر) تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها (اذ الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت) ثم العبد الموصى بخدمته لشخص و برقبته لآخر اما أن يكون أدرك حد الخدمة أولا فان كان الثاني فنفقته على الموصى له بالرقبة الى أن يدرك الخدمة لان بالانفاق عليه تنمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا أدرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه بالانفاق عليه اذا العبد لا يقوى على الخدمة الا به وان أبى الانفاق عليه رده الى من له الرقبة كالمستعير مع المعير وان جنى جناية فالفداء

ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشئ لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر وهو ما اذا أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث أو أوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه أو قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما أوصى ولا شئ لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها أما اذا فصل أحد الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند أبي يوسف وعلى قول محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في أخواتها لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيأ في حال حياة الموصى فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذلك اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك

الكبرى من الشكل الاول تبصر (قوله ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ) قال صاحب العناية وقوله لما صحت الوصية لصاحب الخدمة كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد يعني لو كانت الوصية بالخدمة منفردة كانت الرقبة ميراثا للورثة والخدمة للموصى له من غير اشتراك فكذا اذا أوصى بالرقبة لانسان آخر تكون الرقبة له والخدمة للموصى له بها اذ الوصية أخت الميراث من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت اه (أقول) ان قوله السابق كالبيان والتفسير لما قبله من حالة الانفراد ليس بسديد والحق أن يقال كالبيان والتفسير لما قبله من اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لان قول المصنف ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة الخ وكذا ما ذكره الشارح المزبور بقوله يعني لو كانت الوصية بالخدمة الخ انما يفيد أن بيان اعتبار هذه الحالة بحالة الانفراد لا بيان حالة الانفراد وحدها كما لا يخفى على من له أدنى مسكة (قوله ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) قلت ليس المراد بتناول اسم الخاتم للفص و بتناول اسم الجارية لما في بطنها تناولهما لهما لفظا واصالة والا يلزم أن يخالف هذا ما مر في مسئلة صحة الوصية بجارية الا حملها من ان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح افرادها و يلزم أن يخالف أيضا ما مر في كتاب الاقرار من ان الفص لا يدخل في الخاتم لفظا بل تبعا ولهذا لو أقر بخاتم لرجل واستثنى فصه لنفسه لم يصح الاستثناء و يكون الحلقة والفص جميعا للمقر له لان الاستثناء تصرف في الملفوظ بل انما المراد ههنا بتناول اسم الخاتم للفص واسم الجارية لما

على من له الخدمة لان التمكن من الاستخدام بالتطهير عن الجناية فيجب عليه التطهير وقوله (ولها) أي لهذه المسئلة (نظائر) وقد ذكرها في الكتاب واضحة وقوله (ولا شئ لصاحب الظرف) وهو الامة والخاتم والقوصرة (في المظروف) يعني الولد والفص والتمر (في هذه المسائل كلها) أما اذا كان أحد الايجابين موصولا بالآخر فبالاتفاق وأما اذا كان أحدهما منفصلا عن الآخر فكذلك عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقوله (كما في وصية الرقبة والخدمة) فان الموصول والمفصول فيهما في الحكم سواء وتأخير تعليل محمد والجواب عما استدل به أبو يوسف في الكتاب والمبسوط دليل على أن المعول على قول محمد

قال المصنف (وكذلك في أخواتها) أقول والصواب في أختيها وهو الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر كذا في شرح الكاكي قال الاتقاني أراد بأخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة السيف والحلية والبستان والتمر الموجود مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شئ يشبه هذا انما يكون الاسم في الوصية عاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره الى هنا كلام الاتقاني قال المصنف (وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها) أقول هنا نوع مخالفة لما أسلف في الوصية بجارية الا حملها فراجعه متأملا قال المصنف (واسم القوصرة كذلك) أقول فكان كل منها كالعام الذي الخ ولا ينبغي أن يظن أن تلك الاسماء عمومات فانه ليس كذلك كما لا يخفى

ومن أصلنا أن العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع فى الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثانى رجوعا عن الاول كما اذا أوصى للثانى بالخاتم بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم أن المنفعة حصلت على ملكه فاذا أوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص والاستثناء فتبين انه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل) والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيأ أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فاذا أطلقت يتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة اذا أطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف الى دليل زائد قال (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد وما فى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ

فى بطنها تناولهما تبعا عند الاطلاق فترتفع المخالفة كما توهمها البعض (قوله ومن أصلنا ان العام الذى موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص) أقول لا مجال للعموم فى الالفاظ المذكورة فى هاتيك المسائل لان الحلقة والفص بالنظر الى اسم الخاتم وكذا الجارية وما فى بطنها بالنظر الى اسم الجارية وكذا القوصرة وما فيها بالنظر الى اسم القوصرة بمنزلة الاجزاء لمدلولات هذه الاسماء لا جزئيات معانيها اذ لا يصدق معنى الخاتم على الفص وحده ولا معنى الجارية على ما فى بطنها وحده ولا معنى القوصرة على ما فى القوصرة من مثل التمر وحده على ان الكلام فى وصية خاتم بعينه وجارية بعينها وقوصرة بعينها وكل من هؤلاء جزئى خاص فكيف يتصور فيها العموم فقوله ومن أصلنا ان العام بمنزلة الخاص بمنزلة اللغو ههنا كما لا يخفى (قوله بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء فتبين انه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص) أقول فيه شئ وهو انه قد تقرر فى كتاب الاقرار أن استثناء الفص من الخاتم غير صحيح لكون الاستثناء تصرفا لفظيا غير عامل فيما يتناوله الاسم لفظا كالفص فى الخاتم والنخلة فى البستان والبناء فى الدار فما معنى قوله أو الاستثناء فى قوله لان ذلك دليل التخصيص أو الاستثناء (قوله ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما فى بطونها من الولد وما فى ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال أبدا أو لم يقل) أقول فى تحرير هذه المسئلة بهذا الوجه سماجة فان الاطلاق المستفاد من قوله فى ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل لا يناسب تقييد صدرها بقوله أبدا حيث قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا فالاولى ما ذكر فى الكافى حيث ترك فيه قيد أبدا فى صدر المسئلة أو ما ذكر فى البداية حيث ترك فيها قوله فى ذيلها سواء قال أبدا أو لم يقل تدبر (قوله لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ) أقول لا يخفى على الفطن ان هذا التعليل ينتقض بما

قال (ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة) المسائل المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به والتعدى الى ما يحدث على وجوه ثلاثة فى وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد أو لم يذكر كالوصية بغلة بستانه أو أرضه أو سكنى داره أو خدمة عبده فان العرف فيها جار على الابد ويعتبر خروجه من الثلث وفى وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد أو لم يذكره كالوصية بالصوف على ظهر الغنم والولد فى بطن جاريته واللبن فى الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء لا يستحق بوجه ما وفى وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة قبل الموت تناولها والا فالقياس أن تبطل الوصية وفى الاستحسان يقع على الحادث الى أن يموت الموصى له وجه القياس أن الثمرة فى الموجود حقيقة وليست بموجودة فتبطل ووجه الاستحسان حمله على المجاز عند انتفاء الحقيقة صونا لكلام الموصى عن الالغاء والمصنف حمل الفرق بين الثمرة والغلة على العرف فيهما ثم السقى والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فصار كالنفقة فى فصل الخدمة وقوله (ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا) الى آخر الباب واضح ولله در المصنف ما أجزل تركيبه وأحسن ترتيبه لا يرى معنى من المعانى يحتاج الى تقرير الا وتركيبه أوفى تأديته له من غيره وهذا

(قوله ذكر الأبد أو لم يذكر) أقول يعنى أطلق ولم يذكر قيدا

وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها أوسع أما الولد المعدوم واخناه فلا يجوز ايراد العقد عليه أصلا ولا تستحق بعقد ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منه الا انه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية والله أعلم بالصواب

باب وصية الذمي

قال (واذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما

تقدم من مسئلتي الثمرة والغلة فان الايصاء ايجاب بعد الموت في كل الصور مع انه يقع فيما تقدم على القائم يومئذ وعلى الحادث بعده أيضا اذ ذكر قيد الابد في الثمرة وبدون ذكره أيضا في الغلة نعم كأن المصنف قصد تدارك ذلك بقوله وهذا بخلاف ما تقدم الخ الا أن هذا التعليل ههنا بقي خاليا عن الفائدة وانما يحصل وجه هذه المسئلة بما ذكره في الفرق الآتي (قوله الا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى) قال بعض المتاخرين يرد عليه ان لنا أصلا آخر وهو ان الثابت بخلاف القياس مقصور على مورده ولا يقاس عليه غيره فكيف ألحقت به اه (أقول) لا ورود لما توهمه بل هو ساقط جدا فان مبناه أن يكون الحاق الوصية بالثمرة والغلة بالمعاملة والاجارة بطريق القياس وليس كذلك بل هو بطريق دلالة النص عليه يرشد اليه قطعا قول المصنف رحمه الله بالطريق الاولى وفي قوله فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان الاولوية انما تتصور في الدلالة دون القياس وكون الشيء ثابتا بخلاف القياس انما ينافي القياس عليه لان من شرط القياس أن لا يكون المقيس عليه معدولا عن سنن القياس دون الالحاق به بطريق الدلالة وقد مر مرارا نظائر هذا في الكتاب وشروحه فكيف خفي على ذلك البعض * ثم أقول بقي لنا شيء فيما ذكره المصنف رحمه الله وهو ان عقد المعاملة باطل غير مشروع عند أبي حنيفة كما تقرر في موضعه فقوله ههنا جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة لا يتمشى على قول أبي حنيفة وانما يتمشى على قول صاحبيه فان عقد المعاملة مشروع عندهما والمسئلة التي نحن فيها مما اتفقوا عليه فكيف يبنى دليلها على ما اختلفوا فيه فتأمل

باب وصية الذمي

ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية فذكر التابع بعد المتبوع كذا قالوا (أقول) أكثر ما ذكر في هذا الباب ليس من قبيل المعاملات كما ترى فتغليب الاقل على الاكثر غير معقول والاظهر أن يقال لما كان لبعض وصايا الكفار أحكام خاصة ذكر وصيتهم في باب على حدة وأخره لخساستهم (قوله واذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما فلا أن هذه معصية فلا تصح عندهما) قال صاحب

لو قالت على حمل جاريتي وليس لها حمل ترد المهر

باب وصية الذمي

عقب وصية المسلم بوصية الذمي لكون الكفار ملحقين بالمسلمين في أحكام المعاملات (واذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث) بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف الترجيح أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة اذا كان لمسلم فان وقف المسلم في حالة الحياة مورث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى (وأما عندهما فلأن هذه) الوصية معصية فلا (تصح)

باب وصية الذمي

(قوله واذا صنع يهودي بيعة أو نصراني كنيسة) أقول فيه نوع مخالفة لما أسلفه في كتاب السير والاولى أن يجعل من قبيل اللف والنشر الغير المرتب (قوله وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح) أقول فيه بحث اذ لا وصية هنا والظاهر ان عبارة الوصية سهو من الناسخ والاصل ان هذه الصنعة نعم لو قال لان الوصية بالمعصية لا تصح فهذا أولى كان صحيحا

الاستخلاف والتمليك) والذمى ولاية التمليك (فأمكن تصحيحه) أى تصحيح ايصائه (على اعتبار المعنيين) يعنى الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف فجوزناه ذلك نظرا الى التمليك واذا صار ملكا للسمين صنعوا به ما شاؤا (وان أوصى أن تجعل داره كنيسة لقوم غير مسمين) يعنى قوما غير محصورين (جازت الوصية عند أبى حنيفة وقالا هى باطلة لان هذه) فى الحقيقة (معصية وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقريرها ولأبى حنيفة) أن الاعتبار لمعتقدهم فانهم لو أوصوا بالحج لم يعتبر وان كان عبادة عندنا بلا خلاف فكذلك اذا أوصوا بما هو فى معتقدهم عبادة صح وان كان عندنا معصية لانا أمرنا أن نتركهم وما يدينون قالوا هذا الخلاف اذا أوصى ببناء بيعة أو كنيسة فى القرى فأما فى المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث ذلك فى الامصار

(قوله يعنى الاستخلاف والتمليك فجعلناه من الثلث نظرا الى الاستخلاف) أقول فيه نظر فان الاعتبار من الثلث انما هو لتعلق حق الورثة بما زاد عليه بما سبق ولهذا الوملك فى حياته حال المرض يعتبر من الثلث ثم أيضا والاظهران النظر الى المعنيين فى التجويز والصحيح كما يدل عليه عبارة المصنف وللاعتبار من الثلث يعلم مما أسلفه

قال (ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو الثلث) معناه اذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال (وان أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبى حنيفة وقالا الوصية باطلة) لان هذه معصية حقيقة وان كان فى معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لما فى تنفيذها من تقرير المعصية ولأبى حنيفة أن هذه قربة فى معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فتجوز بناء على اعتقادهم ألا يرى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه

العناية فى شرح هذا المحل اذا صنع يهودى بيعة أو نصرانى كنيسة فى صحته ثم مات فهو ميراث بالاتفاق فيما بين أصحابنا على اختلاف التخريج أما عنده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله اذا كان لمسلم فان وقف المسلم فى حال الحياة موروث بعد موته لكونه غير لازم فهذا أولى وأما عندهما فلأن هذه الوصية معصية فلا تصح الى هنا لفظه (أقول) فيه خلل من وجوه الاول انه صرف البيعة الى اليهودى والكنيسة الى النصرانى وهو مخالف لما ذكره نفسه وسائر الشراح فى كتاب الجهاد من أن الكنيسة اسم لمعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمعبدهم مطلقا فى الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمعبد اليهود والبيعة لمعبد النصارى وعبارة الكتاب هنا تحتمل صرف البيعة الى النصارى والكنيسة الى اليهود بطريق اللف والنشر الغير المرتب والثانى انه قال اما عنده وقال بعده فلأن هذا بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله وأضمر أبا حنيفة أولا وأظهره ثانيا وكان الاول مقام الاظهار والثانى مقام الاضمار بخلاف عبارة المصنف فانها على الاصل السديد حيث قال لانها بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله والوقف عنده يورث فأظهر أبا حنيفة أولا وأضمره ثانيا والثالث انه خص كون الوقف موروثا عنده بالمسلم حيث قال فان وقف المسلم فى حال الحياة موروث وبعد موته مع أن وقف الكافر أيضا موروث عنده بلا تفاوت بخلاف عبارة المصنف فانها مطلقة حيث قال والوقف عنده موروث بلا تخصيص بالمسلم والرابع انه قال فلأن هذه الوصية معصية مع انه لا وصية فى مسئلتنا هذه فان المذكور فيها صنع اليهودى أو النصرانى فى حال حياته بدون اضافة شئ الى ما بعد موته والوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بخلاف قول المصنف فان هذه معصية اذ المشار اليه بهذه فى قوله المذكور هى الصنعة دون الوصية فلا غبار عليه (قوله لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين) قال فى العناية وغاية البيان واذا صار ملكا للسمين صنعوا ما شاؤا اه (أقول) هذا على أصلهما ظاهر فان الوصية بالمعصية باطلة عندهما وان كانت فى معتقدهم قربة كما سيجئ فاذا بطلت حقيقة الوصية عندهما فيما نحن فيه لكون بناء البيعة والكنيسة معصية حقيقة وان كان قربة فى معتقد الكفار لزمهما المصير الى ما فى الوصية من معنى الاستخلاف والتمليك تصحيحا للكلام العاقل مهما أمكن وأما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فغير ظاهر لان كون الموصى به قربة فى معتقد الموصى كاف عنده فى صحة الوصية كما سيجئ أيضا وفيما نحن فيه كذلك فينبغى أن تصح حقيقة الوصية عنده هنا كما تصح فيما اذا أوصى بذلك لقوم غير مسمين على ما سيأتى بدون المصير الى اعتبار معنى الاستخلاف والتمليك فى تصحيحها والحاصل أن الظاهر أن يكون تخريج هذه المسئلة على الاختلاف بين أبى حنيفة رحمه الله وصاحبيه وان كان جوابها على الاتفاق بينهم كما فى المسئلة السابقة

وذكر الفرق بين بناء البيعة والكنيسة والوصية بذلك وقوله (لم تصر محررة لله حقيقة) بل تحرر على معتقدهم (فتبقى ملكا للباني فتورث عنه) وقوله (ولانهم يبنون) دليل آخر على عدم التحرير لله تعالى وقوله (بخلاف الوصية) متصل

بقوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني والضمير في قوله (لانه وضع) وفي قوله (ثبوت مقتضاه) وقوله (فبقي على مقتضاه) كلها راجع الى الوصية بتأويل الايصاء وحاصل معناه أن الوصية وضعت لازالة الملك الا أن لفظها تقاعد عن افادة معناه وهو زوال الملك فيما اذا أوصى بما ليس بقربة في معتقدهم فأما اذا لاقت ماهو قربة فيه عملت عملها وقوله (ثم الحاصل ان وصايا الذمي الخ) واضح (قوله وهو ماذكرناه) يريد به الوصية ببناء البيعة أو الكنيسة وقوله (كما ذكرناه) يعني من الخلاف في الوصية بالبيعة والكنيسة وقوله (والوجه مابيناه) أعم من الجانبين وهو أن المعتبر عنده اعتقادهم وعندهما أنه وصية بمعصية (قوله والجهة مشورة) يعني أن كلامه في صرف المال الموصى به الى استضاءة المسجد وغيرها خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام وقوله (على الخلاف المعروف في تصرفاته) يعني أنها جائزة عندهما موقوفة عند أبي حنيفة ان أسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا

ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ماهو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي على أربعة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في حقنا وهو ماذكرناه وما اذا أوصى الذمي بان تذبح خنازيره وتطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه مابيناه ومنها اذا أوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا أوصى بالحج أو بأن يبنى مسجد للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة مشورة ومنها اذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير أعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها اذا أوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا أوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى ان كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبيه

وأسلوب تحرير ما في الكتاب وشروحه يشعر باتفاقهم في التخريج أيضا فليتأمل (قوله ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله الى قوله والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة) قال في العناية بل تحرر على معتقدهم (أقول) لقائل أن يقول ان أصل أبي حنيفة رحمه الله أن كون الشئ قربة في معتقدهم كاف بناء على أنا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون فالاعتبار عنده لاعتقادهم دون الحقيقة كما مر آنفا فلم لم يعتبر هنا كون الكنيسة أو البيعة محررة في معتقدهم حتى يزول ملك الباني عنها فان قلت انهم يبنون فيها الحجرات ويسكنون فلم تحرر لله تعالى لتعلق حق العباد بها قلت هذا مصير الى التعليل الثاني الذي ذكره بقوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الى آخره والكلام في التعليل الاول فلا معنى للخلط (قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها فلم يتحرر لله تعالى لتعلق حق العباد به) قال صاحب العناية قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات دليل آخر على عدم التحرر لله تعالى اهـ أقول فيه نظر لان كون هذا دليلا آخر على عدم التحرر لله تعالى يقتضي سبق دليل أول عليه ولا يذهب على الناظر في كلام المصنف انه لم يذكر فيه قبل هذا ما يكون دليلا عليه وانما قال من قبل والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى حقيقة وهذا دعوى بلا دليل ثم أقول الحق عندي أن قوله ولانهم يبنون فيها الحجرات الخ دليل آخر على الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية عطف بحسب المعنى على قوله ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني الخ كأنه قال ثم الفرق لابي حنيفة رحمه الله تعالى بينهما الا ان البناء نفسه ليس بسبب

(قوله والضمير في قوله لانه وضع وفي قوله ثبوت مقتضاه وفي قوله فبقي على مقتضاه كلها راجع الى الوصية) المناسب لكلمة كلها أن يقول بصيغة الجمع وأن يقول راجعة

وقوله (وفى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة) وصارت كالذمية قال فى النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هنالك الصحيح وههنا الاصح وهما يصدقان وقوله (واذا دخل الحربى دارنا بامان فاوصى لمستأمن أو ذمى بماله كله جاز) قيل هذا اذا لم تكن الورثة معه أما اذا كانت فانها تتوقف على اجازتهم والى هذا أشار بقوله (وليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب) وقوله (وذلك فى حق المستأمن أيضا) جواب عما يرد على قوله ورد الباقى على الورثة وهو أن يقال قد قلت ليس لورثته حق شرعى لكونهم فى دار الحرب فكيف يرد عليهم الباقى ووجهه أن ذلك الرد على الورثة أيضا من رعاية حق المستأمن لان من حقه تسليم ماله الى ورثته عند الفراغ من حاجته والزيادة على مقدار ما أوصى به فارغ عن ذلك وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الخ وقوله (ولو أعتق عبده عند الموت الخ) ظاهر وقوله (ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام) دار الاسلام ظرف لأوصى لا لقوله حربى أى لو أوصى الذمى فى دار الاسلام لحربى فى دار الحرب لم يجز لتباين الدارين ولان الذمى اذا أوصى لحربى فى دار الاسلام جاز على ما ذكر قبل هذا بقوله وكذا لو أوصى له أى للمستأمن مسلم أو ذمى بوصية جاز والله سبحانه وتعالى أعلم

وفى المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم قال (واذا دخل الحربى دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمى بماله كله جاز) لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعى لكونهم فى دار الحرب اذهم أموات فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الأمان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية ويرد الباقى على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر عبده فى دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذلك لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لانه مادام فى دار الاسلام فهو فى المعاملات بمنزلة الذمى ولهذا تصح عقود التمليكات منه فى حال حياته ويصح تبرعه فى حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه لا يجوز لانه مستأمن من أهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته والله أعلم بالصواب

لزوال ملك البانى ولانهم يبنون فيها الحجرات ويسكنونها الخ تبصر (قوله وفى المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم) قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب فى الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم انها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها اه وقال صاحب العناية بعد نقل هذا عن النهاية والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هنالك الصحيح وهنا الاصح وهما يصدقان اه (أقول) ليس هذا بتوفيق صحيح اذ لا شك أن مراد من قال فى الخلافيات هو الصحيح ترجيح هذا القول على القول الآخر لا بيان مجرد صحته مع رجحان الآخر كما أن مراد من قال هو الاصح ترجيحه على الآخر بل قوله هو الصحيح دل على الترجيح من قوله هو الاصح ولا ريب أن ترجيح أحدهما على الآخر ينافى ترجيح الآخر عليه ولا يمكن أن يصدقا معا (قوله ولو أوصى لحربى فى دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية أخته) أقول هذا التعليل الذى حاصله قياس الوصية على الارث منقوض بمسائل متعددة مرت فى الكتاب آنفا منها ما اذا دخل الحربى دارنا بأمان فاوصى لمسلم أو ذمى بماله كله فانه جائز مع ان الارث ممتنع بين الذمى والحربى لتباين الدارين وبين المسلم والحربى لاختلاف الدينين ولتباين الدارين حكما ومنها ما اذا أوصى ذمى لحربى مستأمن بوصية فانه جائز فى ظاهر الرواية مع انه لا توارث بينهما لتباين الدارين حكما ومنها ما اذا

(قوله والظاهر أنه لا منافاة بين كلاميه لانه قال هنالك الصحيح وههنا الأصح وهما يصدقان) أقول فيه بحث فانهم اذا قالوا هو الصحيح فهو فى مقابلة الخطأ بخلاف الصحة المفهومة من الحكم بالاصحية بالالتزام قال المصنف (وذلك من حق المستأمن أيضا) أقول لا من حق ورثته حتى ينافى ما قلنا آنفا قال المصنف (ولهذا يصح عقود التمليكات منه فى حال حياته) أقول فيه شئ فان هذا الكلام انما يناسب لاثبات جواز وصية المستأمن للمسلم أو الذمى ويمكن التوجيه كما أشير اليه فليتأمل (قوله ولان الذمى اذا أوصى) أقول فى صحة هذا العطف تأمل

﴿باب الوصي ومايملكه﴾

قال (ومن أوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد) لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه

أوصى مسلم لمستأمن بشئ فانه أيضا جائز في ظاهر الرواية مع انه لا توارث بين المسلم والكافر أصلا لاختلاف الدينين ولتباين الدارين أيضا اذا كان الكافر حربيا ولو كان مستأمنا

﴿باب الوصي ومايملكه﴾

لما فرغ من بيان أحكام الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصي وقدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعها فكانت الحاجة الى معرفتها أمس (قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وأدب القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان لانه ذكر في هذه الكتب أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة وموضعه في الذخيرة الفصل الثاني من وكالتها والفصل العاشر من التتمة والباب السابع والستون من أدب القاضي وباب بيع الاوصياء من وصايا الجامع الصغير وفصل التوكيل بالخصومة من فتاوى قاضيخان الى هنا لفظ صاحب النهاية وقال صاحب الغاية وهذا القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل نفسه ثمة أيضا بغير علم الموكل كما في الوصي لانه يؤدي الى تغرير الموكل بخلاف ما اذا كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير الآمر وهذا فيما اذا وكله بشراء شئ بعينه له أن يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه أشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل أي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض المشايخ فمن هذا عرفت أن ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية مخالف لعامة روايات الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشئ لان المراد بما ذكر في التتمة وغيرهما من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه لا بشراء شئ بغير عينه ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بغير عينه فتوافقت الروايات جميعا ولم تختلف الى هنا كلام صاحب الغاية والى هذا مال صاحب العناية أيضا كما يظهر من تقريره في شرحه أقول بل ليس هذا التوفيق بشئ لانهم عقدوا في أكثر المعتبرات لعزل الوكيل فصلا على حدة أو بابا على حدة وبينوا فيه عدم صحة عزل الموكل للوكيل بغير علم الوكيل وكذا عدم صحة عزل الوكيل نفسه بغير علم الموكل من غير تقييد بشئ فهل يجوز العقل أن يكون مرادهم بذلك ما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه فيكون عقد الفصل أو الباب لبيان حكم العزل في مسئلة بعينها من مسائل الوكالات بعبارة مطلقة ويكون حكم العزل في سائرها متروك الذكر بالكلية في عامة روايات الكتب ولعمري ان حمل كلام الثقات على مثل ذلك سفسطة لا تخفى ولنذكر من بينها عبارة الذخيرة لعلك تأخذ منها حصة قال فيها الفصل الثاني في رد الوكالة من الوكيل وفي عزل الوكيل وقال قد ذكرنا أن الوكيل اذا رد الوكالة ترتد ولكن هذا اذا علم الموكل بالرد وان لم يعلم فلا ترتد حتى ان من وكل غائبا فبلغه الخبر فرد الوكالة ولم يعلم الموكل به ثم قبل الوكيل الوكالة صح قبوله وصار وكيلا ثم قال ولا يصح عزل الوكيل من غير علم الوكيل ولا يخرج

﴿باب الوصي ومايملكه﴾

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان أحكام الموصى اليه وهو الوصي لما أن كتاب الوصايا يشمله لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها وكثرة وقوعه فكانت الحاجة الى معرفتها امس (ومن أوصى الى رجل) أي جعله وصيا (فقبل الوصي في وجه الموصي) أي بعلمه (وردها في غير وجهه) أي بغير علم الموصي هكذا ذكره في الذخيرة اشارة الى أن المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك حاله عند رد الموصى (فليس برده لان الميت مضى لسبيله) أي الموصي مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حياته أو بعد مماته صار مغرورا من جهته وهو اضرار لا يجوز فيرد رده وطولب بالفرق بين الموصى له والموصى اليه في أن قبول الاول في الحال غير معتبر حتى لو قبله في حال حياة الموصي ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الثاني على ما ذكرتم وأجيب بان نفع الاول بالوصية لنفسه ونفع الثاني للموصي فكان في رده بغير علمه اضرار به فلا يجوز بخلاف الاول لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصي ولا ضرر له في ذلك ويشير الى هذا الجواب قوله (بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه أو ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه) اى في غيبته وبغير علمه

(لانه لاضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف بنفسه) فانه جعل علة جوازه عدم الضرر كما في رد الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذى ذكره مخالف لعامة روايات الكتب من التتمة والذخيرة وأدب القاضى للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبى وفتاوى قاضيخان ونقل عن كل واحد منها مايدل على أن الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة ولكن ليس فيما نقله مايدل على الوكيل بشراء شئ بغير عينه وعن هذا قال بعض الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه وقد أشار اليه المصنف فى كتاب الوكالة فى فصل الشراء بقوله على ماقيل الا بمحضر من الموكل وذلك أيضا قول المشايخ على مايشير اليه قوله قيل وسببه الاضرار بتغريره وأما اذا كان وكيلا بشراء شئ بغير عينه فليس فيه ذلك وقوله (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقى مخيرا) يعنى كمن وكل حال حياته فانه مالم يوجد من الوكيل قبول نصا ولا دلالة كان بالخيار قيل كان يجب أن لا يكون مخيرا لانه لما بلغه الايصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصى ولم يوص الى غيره وفى ذلك ضرر به والضرر مرفوع وأجيب بأن الموصى مغتر حيث لم يسأله عن الرد والقبول فلا يبطل الاختيار بخلاف ما اذا قبل ثم رد فى غيبته فانه غار فيبطل اختياره وقوله (فلو أنه باع شيأ من تركته) بيانه أن القبول يجوز أن يكون دلالة قائما تعمل عمل الصريح اذا لم يوجد صريح يخالفه لكنه يعتبر ذلك بعد الموت وقوله (وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) وان من ذلك ماذكره فى كتاب أدب القاضى فى فصل القضاء بالمواريث ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو والاول سواء أى الواحد فيهما يكفى

لانه لاضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف بنفسه (فان ردها فى وجهه فهو رد) لانه ليس للموصى ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه أن ينيب غيره (وان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل) لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقى مخيرا فلو أنه باع شيأ من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة أما التوكيل انابة لثبوته فى حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب

عن الوكالة عندنا الوكيل بالخصومة والوكيل بالبيع والشراء والنكاح والطلاق وسائر التصرفات فى ذلك على السواء ثم قال وكذلك اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة انتهى انظر بعين البصيرة هل فيه ما يساعد التقييد بما اذا كان وكيلا بشراء شئ بعينه وعن هذا قال صاحب الكافى ههنا بدل قول المصنف بخلاف الوكيل بشراء عبد بعينه الخ ألا ترى أن الوكيل اذا أخرج نفسه من الوكالة لا يصح الا بعلم الموكل دفعا للغرر والضرر المنهيين فأن يجب نفى الغرر والضرر عن الميت وهو أحق بالنظر أولى انتهى (قوله لانه لاضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف بنفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل ينتقض بصورة رد الوصى الوصية فى غير وجه الموصى فى حياته فان الموصى حي قادر على التصرف بنفسه فى حال حياته مع أنه لا يصح رد الوصى الوصية فى غير وجه الموصى بعد أن قبلها فى وجهه لا فى حياته ولا بعد مماته كما تقدم آنفا والجواب أن معنى الايصاء الى أحد استخلافه بعد الموت لا فى حال الحياة فالتصرف الذى يرفعه الموصى الى الوصى انما هو التصرف الكائن بعد موته ولا شك أنه ليس بقادر فى حياته على التصرف الحاصل بعد مماته كما أنه ليس بقادر عليه بعد مماته بلا شبهة فلا انتقاض نعم انه يقدر فى حياته على الايصاء الى الآخر بدل الاول اذا علم رد الاول لكن الكلام هنا فى عدم صحة رد الوصى بغير علم الموصى فان معنى قوله فى غير وجهه بغير علمه ومعنى قوله بوجهه بعلمه كما نص عليه فى الذخيرة وذكر فى الشروح أيضا (قوله واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة) أقول يرد عليه أن يقال هب أن الوصاية خلافة لكنها ليست بخلافة ضرورية كالوراثة بل هى خلافة اختيارية ألا يرى أنه لو لم يقبلها الموصى اليه ولم يردها حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل كما مر فى الكتاب آنفا فاذا كانت خلافة تتوقف ثبوتها على اختيار الموصى اليه اياها فعدم توقف ثبوتها على علم الموصى اليه بها مشكل جدا اذ لا يخفى ان اختيار شئ وقبوله بدون العلم به متعسر بل متعذر فليتأمل (قوله وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب) قال جمهور الشراح ومن تلك الكتب ماذكره المصنف فى فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضى بقوله ومن أعلمه الناس بالوكالة يجوز تصرفه ولا يكون النهى عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل وهذا عند أبى حنيفة وقالا هو والاول سواء أى

(قوله وعن هذا قال بعض الشارحين) أقول يعنى الاتقانى

وقوله (وان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لاأقبل) يعنى أن الوصى اذا سكت فى حياة الموصى ثم بعد مماته قال لاأقبل ثم قبل فهو وصى ان لم يخرجه القاضى حين قال لاأقبل لان بمجرد قوله لاأقبل لا يبطل الايصاء عندنا خلافا لزفر لان فى ابطاله مضرة بالميت وفى ابقائه ضرر للوصى لكن الاول أعلى لكونه غير مجبور بشئ والثانى مجبور بالثواب ودفع الاعلى من الضرر أولى لامحالة وقوله (الاأن القاضى اذا أخرجه) استثناء من قوله فله ذلك يعنى أن القاضى اذا أخرجه عنها حين قال لاأقبل لا يصح قبوله بعد ذلك واختلف المشايخ فى تعليل صحة هذا الاخراج فنهم من قال القاضى حكم فى فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام شمس الائمة السرخسى وهو الذى اختاره المصنف ومنهم من قال انما صح لان الوصاية لو صحت بقبوله كان للقاضى أن يخرجه ويصح الاخراج فههنا أولى واليه ذهب شمس الائمة الحلوانى والباقى واضح قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر الخ) ومن أوصى الى عبد غيره أو كافر ذمى أو مستأمن أو حربى أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصية ونصب غيرهم وهذا اللفظ وهو لفظ القدورى يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد فى الصور الثلاث أن الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ فى أنه باطل أصلا أو معناه سيبطل قال الفقيه أبو الليث واليه ذهب القدورى وفخر الاسلام البزدوى وعامة مشايخنا ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد أهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عجزه عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكون منافعه للمولى والظاهر المنع عن التبرع بها وعلى تقدير الاجازة كان له الرجوع وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف بالوصاية قلنا انها ستبطل باخراج القاضى اياه عنها واما الكافر فقد ذكر فى كتاب القسمة انه لو قاسم شيأ قبل ان يخرجه القاضى جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه لا يتوقى البياعات الفاسدة فجاز للقاضى أن يخرجه عن الوصية

(وان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لاأقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لاأقبل) لان بمجرد قوله لاأقبل لا يبطل الايصاء لان فى ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو أعلى أولى الاأن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضى ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضى اياه أقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضى قال (ومن أوصى الى عبد أو كافر أو فاسق أخرجهم القاضى عن الوصاية ونصب غيرهم) وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد فى الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه فى جميع هذه الصور أن الوصية ستبطل

الواحد فيما يكفى انتهى وقال بعض المتأخرين قوله فيما تقدم من الكتب ما عبارة عن الكتب ومن للتبعيض أى بيناه فى بعض الكتب المتقدمة أراد به كتاب القضاء وليس ما عبارة عن الكتب ومن للتبيين كما فهم ذلك من تقرير بعض الشراح اذ ليس لما ذكره أثر فى غير كتاب القضاء أصلا انتهى أقول ليس ما قاله هذا البعض بصحيح لان المصنف كما ذكره فى كتاب أدب القاضى ذكره فى كتاب الوكالة وفى كتاب الشفعة أيضا فانه قال فى باب عزل الوكيل من كتاب الوكالة فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم ثم قال فيه وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المخبر فلا نعيده وقال فى باب طلب الشفعة والخصومة فيها من كتاب الشفعة واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان أو رجل وامرأتان أو واحد عدل عند أبى حنيفة وقالا يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صبيا أو امرأة اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف فى عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله وأخواته فيما تقدم انتهى والعجب من ذلك القائل أنه كيف اجترأ على الحكم بان ليس لما ذكره أثر فى غير كتاب القضاء أصلا بدون التتبع لما تقدم من الكتب (قوله الاأن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية يصح ذلك) قال عامة الشراح قوله الا ان القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله ثم قال أقبل فله ذلك يعنى أن القاضى اذا أخرجه عنها حين قال لاأقبل لا يصح قبوله بعد ذلك انتهى أقول فيه نظر لان المصنف قيد قوله فله ذلك بقوله ان لم يكن القاضى أخرجه حين قال لاأقبل وذلك القيد يفيد بمفهوم المخالفة أن القاضى اذا أخرجه عن الوصاية لم يكن له ذلك أى لم يصح قبوله والمفهوم معتبر فى الروايات بالاجماع كما نصوا عليه فلم يبق احتياج الى استثناء ما اذا أخرجه القاضى عن الوصايا من قوله فله ذلك فلو كان قوله هنا الا ان القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك يلزم الاستدراك فى الكلام كما لا يخفى فالوجه عندى أن يكون قوله هنا الاأن القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فى قربه ودفع الاول وهو الاعلى أولى فيكون هذا الاستثناء داخلا فى حيز تعليل مسئلة الكتاب ويكون ناظرا الى مفهوم قيدها وهو قوله ان لم يكن القاضى أخرجه حين قال لاأقبل كما أن ما قبل هذا الاستثناء كان ناظرا الى منطوق أصلها ويؤيده أن

(قوله وقوله الاأن القاضى اذا أخرجه استثناء من قوله فله ذلك) أقول فيه بحث

وقال بعضهم انه باطل فى العبد واليه ذهب شمس الائمة السرخسى وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد ولاية على نفسه فضلا أن يكون له ولاية على غيره فقوله لعدم ولايته اشارة الى ماقبل الاجازة وقوله (واستبداده الى ما بعدها) لانها بمنزلة الاعارة منه للعبد ولا يتعلق به اللزوم وقيل معناه فى الكافر أيضا باطل لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ظاهر وقد ذكرنا بعضا منه آنفا وقوله (وهذا يصلح عـذرا فى اخراجه وتبديله بغيره) لان الميت انما أوصى اليه لينظر فى ماله وأولاده بعده بالحفظ والصـيانة وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصـل الغرض من الوصاية وقوله (ومن أوصى الى عبـد نفسه) واضح وقوله (وفى اعتبار هذه) أى هذه الوصيـة وهى وصية عبده على الورثة الصغار (تجزئتها لانه لايملك بيع رقبته) وقوله وهذا نقض الموضوع لان الوصى انما يملك الولاية من الموصى وولايته لاتتجزأ اذ لايقال ولايته فى بعض دون بعض فلو ثبت التجزى فى ولاية الوصى ثبت فى ولاية الموصى لكنه غير متجزئة كان عائدا على موضوعه بالنقض وقوله (انه مخاطب) احتراز عن الصبى والمجنون وقوله (مستبد) احتراز عن الايصاء الى عبد الغير وعما اذا كان فى الورثة كبار وقوله (ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضى أن يبيعه فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بانه اذا ثبت الايصاء لم يبـق للقاضى ولاية البيـع

(قال المصنف وقيل فى العبد معناه باطل حقيقة لعـدم ولايته واستبداده وفى غير معناه ستبطل) أقول فيلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز فان اسم الفاعل حقيقة فى الحـال مجاز فى الاستقبال والحمل على عموم المجاز محل تأمل يعلم الجواب بما ذكر فى شرح الاتقانى وهو أن محمدا ذكر فى الجامع الصغير عن يعقوب المولى عن أبى حنيفة فى المسلم يوصى الى الذمى قال الوصية باطلة وكذلك ان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجـامع الصغير وذكر محمد فى الاصل واذا أوصى لغيره فالوصية باطلة وان أجاز مولاه وقال فى الاصل أيضا اذا أوصى المسلم الى ذمى أو الى حربى مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال فى الاصل أيضا ولو أوصى الى فاسق متهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة انتهى (قال المصنف ومن أوصى الى عبد نفسه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية) أقول لايخفى عليك أن وجه صحة الوصية الى عبد الغير جار هنا الآن يؤول ويقال اذا كان للقاضى أن يخرجه لم يستقر على الصحة فكأنه لم يصح من الابتداء حيث كان على شرف الزوال

وقيـل معناه فى العبد باطل حقيقـة لعـدم ولايته واستبداده وفى غيره معناه ستبطل وقيل فى الكافر باطل أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجـه الصحة ثم الاخراج أن أصـل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسـق على أصلنا وولاية الكافر فى الجـملة الا أنه لم يـتم النظر لتـوقف ولاية العبـد على اجازة المولى وتمكنـه من الحجر بعـدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك النظر فى حق المسـلم واتهام الفاسـق بالخيانة فيخرجه القاضى من الوصاية ويقيم غـيره مقامه اتماما للنظر وشرط فى الأصـل أن يكون الفاسـق مخوفا عليه فى المـال وهذا يصلح عذرا فى اخراجه وتبديله بغيره قال (ومن أوصى الى عبـد نفسـه وفى الورثة كبار لم تصح الوصية) لان للكبير أن يمنعـه أو يبيع نصـيبه فيمنعه المشـترى فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فـلا يفـيد فائدته وان كانوا صـغارا كلهـم فالوصية اليه جائزة عنـد أبى حنيفة ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيـل قول محمد مضطرب يروى مرة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف وجـه القياس أن الولاية منعدمـة لمـا أن الرق ينافيها ولان فيـه اثبات الولاية للمملوك عـلى المالك وهـذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لاتتجـزأ وفى اعتبار هـذه تجزئتها لانه لايملك بيع رقبته وهـذا نقض الموضوع وله أنه مخـاطب مستبد بالتصرف فيكون أهـلا للوصاية وليس لاحـد عليـه ولاية فان الصـغار وان كانوا مـلا كا ليس لهـم ولاية المنع فـلا منافاة وايصاء

هـذا الاستثناء لم يكن مذكورا فى البداية أصلا مع كون المسـئلة مذكورة هناك أيضا بحـالها (قوله وقيل قول محمـد مضطرب يروى مرة مع أبى حنيفة ومرة مع أبى يوسف) قال صاحب العناية ولنا فى هـذا القيل نظر لان كبار الثقات المتقـدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبى يوسف بلا اضطراب كالطحاوى فى مختصره والكرخى فى مختصره وأبى الليث فى نكت الوصايا والقدورى فى التقريب وشمس الائمـة السرخسى فى شرح الكافى وصاحب المنظومة فيها وفى شرحها وغيرهم من أصحابنا انتهـى أقول نظره ساقط اذ لايلزم من أن يذكر قول محمد مع أبى يوسف فى كتب هؤلاء المشـايخ الذين عدهـم أن لايكون قوله مضطربا فى نقل أحد أصلا كيف وقد قال فى المحيط البرهانى وان كانت الورثة صغارا كلهم فان أوصى الى عبـد غـيره فالوصية باطلة وان أوصى الى عبد نفسه فالوصية جائزة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسـف انها باطلة على التفسـير الذى قلنا وقول محمد فى الكتاب مضطرب ذكر فى بعض الروايات مع أبى حنيفة وفى بعضها مع أبى يوسف انتهى نعم الذى وقع فى كتب كثير من المشايخ كون قوله مـع أبى يوسف ولهـذا اختاره المصـنف حيث ذكر قوله مـع أبى يوسف أولا وأشار الى وقوع رواية أخرى فى كلام بعضهم حيث قال وقيـل قول محمـد مضطرب فـلا غبار فيـه (قوله وله أنه مخاطب مسـتبد بالتصرف فيكون أهـلا للوصاية وليس لاحد عليـه ولاية فان الصـغار وان كانوا مـلا كا ليس لهـم ولاية المنع فلا منافاة) قيل عليه ان لم يكن لهم ذلك فللقاضى أن يبيعـه

وقوله بكونه ناظرا لهم لان العاقل لا يختار المرقوق دون الاحرار كافة الا اذا وثق بديانته وأمانته وشفقته على من خلفهم وصار كالمكاتب فان الايصاء اليه جائز فكذلك هذا قوله (والوصاية قد تتجزأ) جواب عن قولهما وفي اعتبار هذه تجزئتها وذلك أن الحسن ابن زياد روى عن أبي حنيفة انه اذا أوصى الى رجلين الى أحدهما في العين والى الآخر في الدين أن كل واحد منهما يكون وصيا فيما أوصى اليه خاصة أونقول يصار اليه أي الى التجزي كي لا يؤدي الى ابطال هذا التصرف وهو نصب عبده وصيا على الصغار فان قيل يفضي الى تغيير وصفه وهو جعله متجزئا بعد مالم يكن قلنا يعتبر الوصف لتصحيح الاصل أولى من اهداره بالكلية قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية) معنى قوله بالوصية بالوصاية اعلم ان الاوصياء ثلاثة عدل كاف وعدل غير كاف وفاسق وزاد المصنف العاجز أصلا اذا ظهر للقاضي عجز وصي عن الاستبداد وهو عدل ضم اليه غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان القاضي نصب ناظرا واذا علم صيانة الوصي ونقص كفايته وجب عليه تكميل النظر وهو يحصل بضم غيره اليه واذا لم يظهر ذلك عنده لكن شكى اليه الوصي ذلك أي عدم الاستبداد بعجزه لا يجيبه كما ذكر في الكتاب

ولو ظهر عنده عجزه أصلا استبدل غيره به رعاية للنظر من الجانبين أي جانب الموصي والوصي يقوم المنصوب من جهة القاضي بالتصرف في حوائج الموصي والعاجز المعزول بقضاء حقوق نفسه واذا كان عدلا كافيا فليس للقاضي أن يتعرض اليه بالاخراج وان شكاه الورثة أو بعضهم اليه الا اذا ظهر منه خيانة فانه يستبدل به غيره ووجه ذلك مذكور في الكتاب قوله (ومن أوصى الى اثنين الخ) روى عن أبي القاسم الصفار أنه قال هذا الخلاف بينهم فيما اذا أوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فأما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة فانه ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف قال الفقيه أبو الليث هذا أصح وبه نأخذ بمنزلة الوكيلين اذا وكل كلا منهما على الانفراد وحكى عن أبي بكر الاسكاف أنه قال الخلاف فيهما جميعا سواء أوصى اليهما جميعا أو متفرقا وجعل في المبسوط هذا الاصح لان وجوب الوصية انما يكون عند الموت وحينئذ تثبت الوصية لهما معا فلا فرق بين الافتراق والاجتماع بخلاف الوكالة وانما قال الا في أشياء معدودة ولم يذكر كنيتها الاختلاف أقوال العلماء فيها فذكر في الاسرار ستة وهو ما عدا تنفيذ الوصية المعينة وقبول الهبة وجمع الاموال الضائعة من تجهيز الميت وقضاء الدين بجنس حقه وشراء ما لابد للصغير منه وبيع ما يسرع اليه الفساد ورد الغصب والوديعة والخصومة وذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ثمانية وهي الستة المذكورة في الاسرار وتنفيذ الوصية وقبول الهبة وذكر فيه أيضا جمع الاموال الضائعة قيل ويحتمل أن يكون قبول الهبة من جنس جمع الاموال الضائعة فيعدان واحدا كي لا يزداد ما نص عليه من الثمانية والذي ذكره المصنف أكثر من ذلك

المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن أبي حنيفة أونقول يصار اليه كي لا يؤدي الى ابطال أصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل أولى قال (ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره) رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف أمينا فيه ليس للقاضي أن يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة أو بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له قال (ومن أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد دون صاحبه) الا في أشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية

فيتحقق المنع والمنافاة وأجيب بأنه اذا ثبت الايصاء اليه لم يبق للقاضي ولاية البيع كذا السؤال والجواب في أكثر الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية الى الاسرار أقول في هذا الجواب بحث لان عدم بقاء ولاية البيع للقاضي موقوف على جواز الوصية اليه شرعا وهو أول المسئلة التي نحن فيها والمقام مقام اقامة الدليل عليه من قبل أبي حنيفة رحمه الله فلو بنى تمام هذا الدليل عليه لزم المصادرة على المطلوب لا محالة فالحق في الجواب عن السؤال المذكور ما نقله صاحب الغاية عن شرح الاقطع حيث قال وأورد في شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا كانوا صغارا فالقاضي يلي على بيعه اذا رأى ذلك قيل ولاية القاضي على الوصي لا تمنع جواز الوصية لانه يلي على الاحرار مع

سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزأ فيثبت لكل منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد ومارضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفؤ يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول أوفى حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة مستثناة أبدا وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال (الا في شراء كفن الميت وتجهيزه) لان في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك (وطعام الصغار وكسوتهم) لانه يخاف موتهم جوعا وعريا (ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون) لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه

وقوله (سبيلها الولاية) يعني انها لا تثبت لمن لا تثبت له الولاية بالتولية كالكافر والعبد على ما مر وقوله (لانها ليست من باب الولاية) أي الولاية المستفادة من الموصي لتحققها من غير من أوصي اليه وذكر رواية الجامع الصغير لبيان أن اقتضاء الدين أي قبضه ليس كقضائه بل هو على الاختلاف

وجود الوصية اليهم انتهى (قوله وهي ما استثناه في الكتاب وأخواتها) يعني وهي أي الاشياء المعدودة ما استثناه القدوري في مختصره بقوله الا في شراء كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق الميت انتهى وهذه تسعة أشياء كما ترى قصر القدوري الاستثناء عليها في مختصره واقتفى أثره المصنف في البداية وقوله هنا وأخواتها بالرفع عطف على ما في قوله ما استثناه في الكتاب أي والمسائل التي هي أخوات المسائل المستثناة في الكتاب وهي ما زاده المصنف في الهداية بقوله ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال ثم بقوله وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة وهذه التي زادها المصنف على ما في الكتاب ستة أشياء فيصير مجموع الاشياء المعدودة خمسة عشر كما لا يخفى قال بعض المتأخرين في شرح هذا المحل قوله وهي ما استثناه في الكتاب أي في مختصر القدوري كما سبق وقوله وأخواتها بالرفع عطف على ما اشارة الى أنه يزاد عليه أشياء أخر وهي ما ذكرته فيما سبق يعني قوله وزاد عليها المصنف رد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقال ثم ان جعلنا شراء الكفن والتجهيز واحدا كما جعل في الاسرار بناء على أن الاول داخل في الثاني وكذا رد المغصوب والوديعة والمشترى شراء فاسدا يكون المستثنى فيما ذكره المصنف أحد عشر وما زاده اثنين والا فأربعة عشر وما زاده ثلاثة كما هو الظاهر من لفظ الاخوات انتهى كلامه أقول هذا الذي ذكره مع كونه ناشئا عن الغفلة عما زاده المصنف في الآخر من أشياء ثلاثة وهي قبول الهبة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف وجمع الاموال الضائعة مختل في ذاته اذ لا يمكن أن يكون مجموع ما ذكره المصنف أحد عشر على تقدير أن يكون ما زاده اثنين وأربعة عشر على تقدير أن يكون ما زاده ثلاثة لان زيادة الثلاثة على الاثنين واحد فكيف يمكن أن يكون المجموع بزيادة الاثنين أحد عشر وبزيادة الثلاثة أربعة عشر بل لا بد أن يكون بزيادة الثلاثة اثني عشر كما لا يخفى (قوله وطعام الصغار وكسوتهم) قال في غاية البيان وطعام الصغار وكسوتهم بالجر عطف على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة وبيع ما يخشى عليه

وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأى (وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه) لانه لا يحتاج فيه الى الرأى (والخصومة في حق الميت) لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والذى في حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف) لان فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الاموال الضائعة) لان في التأخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين أن يبيع أو يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بأمانتهما جميعا في القبض

التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر انتهى أقول لا يخفى أن ما يساعده تحرير المصنف من الاعراب هو الذى ذكر في الشرح المزبور لكنه منظور فيه عندى لان قول المصنف في شراء الكفن في كتابه هذا واقع في حيز قال في قوله فقال في شراء الكفن ولا ريب أن الضمير المستتر في قوله فقال راجع الى ما رجع اليه الضمير المستتر فيما استثناه في الكتاب وهو القدوري والمراد بالكتاب مختصره فيلزم أن يكون جميع الامور المعطوفة على شراء الكفن بالجر في الهداية من مقول القدوري في مختصره وليس كذلك قطعا كما عرفته مما بيناه فيما مر آنفا اللهم الا أن يحمل قوله فقال الا في شراء الكفن الخ على تغليب ما ذكره القدوري في مختصره على ما زاد عليه المصنف هنا بطريق الالحاق به تأمل (قوله وحفظ المال يملكه من يقع في يده) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قوله وحفظ المال بالرفع هذا على وجه التعليل لقوله وقضاء الدين يعني أن كل واحد من الوصيين يملك قضاء الدين لانه ليس في قضاء الدين الا حفظ المال الى أن يقضى صاحب الدين وكل من يقع المال في يده فهو يملك حفظه انتهى أقول لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن هذا الذى ذهبا اليه تكلف بارد بل تعسف فاسد اذ لا شك أن مراد المصنف بقضاء الدين في قوله وقضاء الدين هو نفس القضاء مع قطع النظر عن الحفظ بقرينة قوله قبيله وحفظ الاموال فكيف يتم حينئذ توجيه التعليل بما ذكره الشارحان المزبوران والصواب أن قول المصنف هنا وحفظ المال يملكه من يقع في يده مسوق على وجه التعليل كقوله من قبل وحفظ الاموال كما لا يخفى (قوله والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم) أقول فيه شيء وهو أن قوله كذا كان المراد منه في عرفهم يوهم أن لا يكون الاقتضاء الذى هو القبض معنى التقاضي في الوضع واللغة بل كان معناه في العرف مع أن الامر ليس كذلك كما صرح به المصنف في باب الوكالة بالخصومة من كتاب الوكالة حيث قال الوكيل بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لانه في معناه وضعا الا أن العرف بخلافه وهو قاض على الوضع انتهى ويدل على كون معناه ذلك في الوضع ما ذكر في كتب اللغة قال في القاموس تقاضاه الدين قبضه منه وقال في الاساس تقاضيته ديني وبديني واقتضيته ديني واقتضيت منه حقي أى أخذته انتهى ثم أقول في الجواب ليس مراد المصنف ههنا بقوله كذا كان المراد منه في عرفهم نفي كونه كذلك في اللغة والوضع بل بيان أن عرفهم يطابق اللغة والوضع وفائدته دفع توهم أن يقال كون معنى التقاضي الاقتضاء في الوضع غير كاف لان العرف قاض على الوضع أى راجح عليه فان قلت بقي المخالفة حينئذ بين كلام المصنف هنا وبين كلامه هنالك الا أن العرف بخلافه قلت مراد المصنف هنا أن المراد منه كان كذا في عرف المجتهدين ومراده هنالك أن العرف بخلافه في زماننا أو في ديارنا ولا غرو في اختلاف العرفين بحسب اختلاف الزمانين أو المكانين ويؤيده أن صاحب المحيط قال في كتاب الوكالة الوكيل بالتقاضي يملك القبض عند علمائنا الثلاثة كما ذكره محمد في الاصل ثم قال وذكر الشيخ الامام الزاهد فخر الاسلام البزدوى في شرح هذا الكتاب أن الوكيل بالتقاضي في عرف ديارنا لا يملك القبض كذا جرت العادة في ديارنا وجعل التقاضي مستعملا

وقوله (ولو أوصى الى كل واحد منهما على الانفراد) ذكرناه في مطلع الكلام مع ذكر صاحب كل قول منهما وقوله (فان مات أحدهما) متصل بأول الكلام وقوله (ولو أن الميت منهما أوصى الى الحي) ظاهر وقوله (والى الجد في النفس) يعني اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص للجد فكذا الوصي فيما انتقل اليه لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدم الاصل وقوله (وعند الموت كان له ولاية) أي عند موت الموصي كان للوصي ولاية في التركتين أي في تركة نفسه سماه تركة باعتبار ما يؤل اليه وتركة موصيه أما في تركته فباعتبار انه ملكه وأما في تركة موصيه فباعتبار الوصاية اليه فينزل الثاني منزلته (٤٩٦) فيهما وقوله (فلا يرضى بتوكيل غيره) أي لا يرضى الموكل بأن يوكل وكيله غيره أو يوصي الى غيره قال (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة) رجل أوصى الى رجل وأوصى لرجل آخر بثلث ماله وله ورثة صغار أو كبار غيب فقاسم الوصي الموصى له نائبا عن الورثة وأعطاه الثلث وأمسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة في المنقول والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا حتى لو هلك حصة الورثة في يده لم ترجع الورثة على الموصى له بشئ وأما ان كان الوارث كبيرا حاضرا وصاحب الوصية غائبا فقاسم الوصي مع الوارث عن الموصى له فأعطى الورثة حقهم وأمسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له صغيرا كان أو كبيرا حاضرا أو غائبا في المنقول والعقار جميعا حتى لو هلك في يد الوصي ما أفرزه كان له أن يرجع على الورثة بثلث ما في أيديهم والفرق بين المنقول والعقار أن الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول والعقار جميعا أما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية بيع المنقول فكذا القسمة لانها نوع بيع ووجه المسئلة ما ذكره في الكتاب وحاصله أن الورثة والوصي كلاهما خلف عن الميت فيجوز أن يكون الوصي خصما عنهم وقائما مقامهم وأما الموصى له فليس بخليفة عن الميت بكل وجه فلا يكون بينه وبين الوصي مناسبة حتى يكون خصما عنه وقائما مقامه في نفوذ القسمة عليه (وقوله حتى يرد بالعيب) أي فيما اشتراه المورث (ويرد عليه) أي فيما باعه المورث (ويصير مغرورا بشراء المورث) فانه اذا اشترى جارية فمات ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يرجع على بائع الميت ولو لم يكن خليفة لما رجع كما لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها فان المشتري يرجع على بائعه دون بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره

مغرورا

ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو أوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما أفرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد وهو الاصح لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند أبي يوسف الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو أن الميت منهما أوصى الى الحي فللحي أن يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا أوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن أبي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا أوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي وأوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد ألا يرى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولايته وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال (ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة عن الموصى له باطلة) لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت أيضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير

في المطالبة مجازا لانه بسبب الاقتضاء وصارت الحقيقة مهجورة انتهى تدبر تفهم (قوله ولانه في معنى المبادلة لاسيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية) أقول لقائل أن يقول ان كان الاقتضاء في معنى المبادلة كان القضاء أيضا في معنى المبادلة ضرورة أن المبادلة انما تتحقق من

(وقوله غير أن الوصي لا يضمن) جواب سؤال تقديره اذا كانت القسمة غير صحيحة كان تصرفه غير مشروع وهلاك المال بعد ذلك الفعل الذي هو غير مشروع فيجب الضمان كما لو تعدى على المال واستهلكه ووجه الجواب ما قال لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة الخ وفيه اشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية فان قاسم الورثة كان معلوما من سياق كلامه ولكن ذكره لكونه لفظ الجامع الصغير (وقوله لما بينا) اشارة الى قوله لان القسمة لم تنفذ عليه (قال وان كان الميت أوصى بحجة الخ) رجل مات وترك أربعة آلاف درهم وأوصى أن يحج عنه وكان مقدار الحج ألف درهم فأخذ الوصي ألفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال أبو حنيفة يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو ألف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث ما بقي مرة أخرى هكذا وقال أبو يوسف يؤخذ ما بقي من ثلث جميع المال وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة أخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة أخرى ووجه ذلك مذكور في الكتاب وهو واضح

مغرور بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرزه له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا يضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال (فان قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي) لما بينا قال (وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم في الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده) وقال أبو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو أفرز الموصي بنفسه ما لا يحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف أن محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما

الجانبين واذا كان أحدهما مقتضيا كان الآخر قاضيا البتة فيلزم أن يكون القضاء أيضا من باب الولاية مع أن المصنف صرح بخلافه فيما قبل (قوله غير أن الوصي لا يضمن لانه أمين وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة) قال صاحب العناية فيه اشارة الى انه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده لان الحفظ انما يتصور في ذلك أما لو سلمه اليهم فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع كذا في النهاية الى هنا لفظ العناية أقول فيه خلل لان مقتضى تحريره أن يثبت للموصى له الخيار بين تضمين القابض وتضمين الدافع فيما اذا سلم الوصي ما أفرزه للورثة اليهم على الاطلاق أي سواء كان ما سلمه اليهم باقيا في أيديهم أو هالكا وليست المسئلة كذلك لا في النهاية ولا في غيرها فانه قال في النهاية ثم ان كان ما أعطاه الوصي للورثة باقيا في أيديهم كان للموصى له الرجوع عليهم بقدر نصيبه وهو ثلث ما أعطاهم وان كان هالكا كان الموصى له بالخيار في تضمين الحصة التي دفعها الوصي الى الورثة ان شاء ضمن القابض بالقبض وان شاء ضمن الدافع بالدفع فان لم يكن دفع حصة الورثة اليهم حتى هلك الكل في يد الوصي لم يكن للموصى له أن يضمن الوصي شيأ لبقاء حكم الامانة في المال فكذا في هلاك قدر نصيبه الى هذا أشار الامام المحبوبي الى هنا لفظ النهاية وقال في المحيط البرهاني فان هلك حصة الموصى له في يد الوصي وبقي نصيب الورثة كان للموصى له أن يأخذ ثلث ما بقي في يد الورثة وان هلك حصة الورثة في يد الورثة وهلك حصة الموصى له في يد الوصي أيضا فما هلك في يد الورثة من حصة الموصى له فالموصى له بالخيار ان شاء ضمن الوصي وان شاء ضمن الوارث انتهى (قوله وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده الخ) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل وان كان الميت أوصى بحجة فقاسم الورثة أي قاسم الوصي الورثة فهلك ما في يده أي ما في يد الحاج فالوصي والحاج مدلول عليهما غير مذكور بهما واقتفى أثره صاحب معراج الدراية أقول ليس هذا الشرح بصحيح اذ لو رجع ضمير ما في يده الى الحاج فصار المعنى فهلك ما في يد الحاج كما صرح به الشارحان المذكوران لزم أن يكون قوله فيما بعد وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع من يده مستدركا محضا كما لا يخفى والصواب أن ضمير ما في يده في قوله فهلك ما في يده راجع الى الوصي فحينئذ ينتظم المعنى ولا يلزم الاستدراك في قوله الآتي كما ترى (قوله وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو أفرز الموصي بنفسه ما لا يحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذلك اذا أفرزه وصيه الذي قام مقامه) قال بعض المتأخرين قلت هذا قياس مع الفارق لان الموصي غير

 (قوله وفيه اشارة الى أنه لا ضمان عليه اذا كان ما أفرزه للورثة في يده) أقول لا يقال هذا مخالف لما ذكره سابقا من قوله فأعطى الورثة حقهم لانه يندفع بادنى تأمل

وقوله (ومن أوصى بثلث ألف درهم) واضح على ماذكره في الكتاب وذكر الامام المحبوبي أن هذا الجواب فيما اذا كانت التركة مما يكال أو يوزن لان القسمة فيه تمييز لا مبادلة حتى ينفرد أحد الشريكين من غير قضاء ولا رضا ويجوز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على ما قام عليه من الثمن فأما فيما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغائب لا يجوز فكذا قسمته قلت وضع المسئلة في الدراهم لعله اشارة الى ذلك فانها مما يوزن وقوله (واذا باع الوصي عبدا من التركة) ذكره للفرق بينها وبين ما اذا باع المولى أو وصيه عبده المأذون له المديون بغير محضر من غرماء العبد فان ذلك لا يجوز لان لغريم العبد هنالك

حقا في استسعاء العبد وبعد البيع لا يبقى فكان في البيع ابطال حق

اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال (ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة) لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لاسيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال (واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز) لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق الاستسعاء وأما ههنا فبخلافه قال (ومن أوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي) لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال (ويرجع فيما ترك الميت) لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة يقول أولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ماذكرنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر أنه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء

ملزم بشيء اذ له الرجوع عن الوصية رأسا فلا يلزم من عدم لزوم شيء له هذا عدم لزومه لذلك انتهى أقول ليس هذا بشيء فان الموصي وان لم يكن ملزما بشيء في حال حياته الا أنه تلزم وصيته بعد مماته فتنفذ من ثلث تركته البتة والمراد بما ذكر في دليل محمد هو أن الموصي لو أفرز بنفسه ما لا يحج عنه فهلك ذلك المال لا يؤخذ بشيء من تركته بعد مماته بل تبطل وصيته أصلا وقد أفصح عنه صاحب الغاية حيث قال في تقريره وأما مذهب محمد فهو أن دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو أن الميت هو الذي دفع قبل موته الى رجل ما لا يحج عنه فسرق المال لا يؤخذ من تركته مرة أخرى كذلك هذا انتهى فكأن ذلك القائل فهم من ظاهر قول المصنف في تقرير دليل محمد لا يلزمه شيء أن يكون

الغرماء فلا ينفذ بغير اجازتهم وأما ههنا فليس لغريم المولى حق في استسعاء العبد انما حقه في استيفاء الدين من الثمن فلم يكن البيع مبطلا حق الغريم بل يكون محققا له لان حقه في الدراهم أو الدنانير لا في عين العبد وبالبيع يحصل وقوله (ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء) يعني اذا باع بمثل قيمته وقوله (ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين) ظاهر وقوله (لانه ضمنه بقبضه) أي لا بعمل آخر يكون للورثة لان باستحقاق العبد تبين بطلان الوصية فلم يكن عاملا للموصي ولا لورثته وقوله (لان الرجوع بحكم الوصية) لان البيع كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وقوله (أنه يرجع عليه بحكم الغرور) أي بحكم أن الميت غره فان بقوله هذا ملكي فانه لما امر ببيعه والتصدق بثمنه كان قائلا هذا العبد ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته فكان ذلك الضمان دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة وقوله (وقد مر في كتاب القضاء) يعني في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو قوله واذا باع القاضي أو أمينه عبدا للغرماء الخ

(قال المصنف لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه) أقول العهدة استحقاق حقوق تلزم بالعقد وقيل هي نفس العقد لان العقد والعهد سواء والعهدة التبعة أيضا غير أن في حقوق العباد المقصود منها المال وفي حقوق الله تعالى المقصود استحقاق الاداء كذا في كشف البزدوي وذكر في المغرب وقولهم عهدته على فلان فعلة بمعنى مفعول ومعناه ما أدرك فيه من درك فاصلاحه عليه

وقوله (فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ) أى لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم لان البيع لم يقع الا للميت فصار كما اذا كان على الميت دين آخر وذكر فى الذخيرة محالا الى المنتقى أن الوصى يرجع على المساكين والقياس هكذا الا لان غنم تصرف الوصى عاد اليهم فالغرم يجب أن يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير أن الميت أصل فى غنم هذا التصرف وهو الثواب والفقير تبع له (وقوله فان قسم الوصى الميراث الخ) ظاهر وكذا قوله (واذا احتال الوصى بمال اليتيم) ولم يذكر ما اذا كان المحيل والمحال عليه سواء فى الملاءة وذكر فى الذخيرة أن فيه اختلاف المشايخ ومن لا يجوزه يحتاج للفرق بينه وبين ما لو باع الوصى مال اليتيم بمثل قيمته من أجنبى فانه جائز على ما يجئ والفرق أن البيع معاوضة من كل وجه والوصى يملكها اذا لم يكن فيها غبن فاحش فاما الحوالة فليست كذلك لجوازها بالمسلم فيه وبرأس مال السلم ولو كانت معاوضة من كل وجه كان استبدالا بالمسلم فيه وبرأس المال وهو لا يصح واذا لم يكن مبادلة كانت كالهبة بشرط العوض والوصى لا يملكها من مال اليتيم عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لأبى يوسف فيجب أن يكون هذا أيضا على ذلك وقوله (ولا يجوز بيع الوصى) واضح ولم يذكر ما اذا اشترى الوصى من مال الصغير شيأ لنفسه أو باع من اليتيم شيأ من ماله هل يجوز أو لا ان كان فيه منفعة ظاهرة جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى احدى الروايتين عنه

فان كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشئ كما اذا كان على الميت دين آخر قال (وان قسم الوصى الميراث فأصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع فى مال الصغير) لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال (واذا احتال الوصى بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز) وهو أن يكون أملأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال (ولا يجوز بيع الوصى ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس فى مثله) لانه لا نظر فى الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففى اعتباره انسداد بابه والصبى المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصى لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من أهله (واذا كتب كتاب الشراء على وصى كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة) لان ذلك أحوط ولو كتب جملة عسى أن يكتب الشاهد شهادته فى آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصى فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال (وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا فى العقار) لان الاب يلى ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه

المراد أنه لا يؤخذ من نفس الموصى شئ فى حال حياته فوقع فيما وقع (قوله لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر) قال صاحب العناية فى حل هذا التعليل لانهم يتصرفون بحكم المالكية أى يتصرفون بأهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم نيابة عن أحد انتهى وأورد بعض الفضلاء على قوله لان الاذن فك الحجر بان قال فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبى المأذون والمكاتب انتهى أقول ليس هذا بوارد اذ لا شك أن المدعى كان عاما للصبى المأذون والمكاتب الا أن قوله لان الاذن فك الحجر يصلح أن يكون تعليلا فى حقهما أيضا أما فى حق الصبى المأذون فظاهر لان الاذن فى حقه فك الحجر الثابت له بسبب صباه كما أن الاذن فى حق العبد المأذون فك الحجر الثابت له بسبب رقه كما تقرر فى كتاب المأذون وأما فى حق المكاتب فلانه وان لم يكن مأذونا صراحة الا أنه صار مأذونا فى ضمن عقد الكتابة لا محالة فان أداء بدل الكتابة بدون ثبوت الاذن له فى الكسب محال والاذن فى الشرع فك الحجر واسقاط الحق لا غير عندنا كما مر فى أول كتاب المأذون فلا اعتبار

وتفسير المنفعة الظاهرة أن يبيع ما يساوى خمسة عشر بعشرة من الصغير ويشترى ما يساوى عشرة بخمسة عشر فصاعدا وعند محمد وعلى أظهر الروايتين عن أبى يوسف لا يجوز على كل حال (وقوله والصبى المأذون له والعبد المأذون له والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبى حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية) أى يتصرفون باهليتهم لا بأمر المولى لان الاذن فك الحجر فلم يكن تصرفهم فيه نيابة عن أحد بخلاف الوصى على ما ذكر فى الكتاب عملا بقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن قال (واذا كتب كتاب الشراء على وصى) هذا تعليم لكتاب الحقوق والشهود ولنفى تهمة شهادة الزور وهو واضح وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان ذلك أحوط وقوله (وبيع الوصى على الكبير الغائب) قيد بالكبير لان الورثة اذا كانوا صغارا جاز للوصى أن يبيع من تركة الميت

(قوله لان الاذن فك الحجر) أقول فيه بحث فان الكلام كان عاما للصبى المأذون والمكاتب

العروض والعقار على جواب السلف كما ذكرنا من قبل سواء كانوا حاضرين أو غيبا وقال المتأخرون انما يجوز للوصي بيع عقار الصغير اذا كان على الميت دين لا وفاء له الا من ثمن العقار أو يكون للصغير حاجة لثمن العقار أو رغب المشتري في شرائه بضعف القيمة وقيد بالغيبة لانهم اذا كانوا حضورا ليس للوصي التصرف في التركة أصلا لكن يتقاضى ديون الميت ويقبض حقوقه ويدفع الى الورثة الا اذا كان على الميت دين أو أوصى بوصية ولم يقبض الورثة الديون ولم ينفذوا الوصية من مالهم فانه يبيع التركة كلها ان كان الدين محيطا أو بمقدار الدين ان لم يحط وله بيع ما زاد على الدين أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما وتنفذ الوصية بمقدار الثلث ولو باع لتنفيذها شيأ من التركة جاز بمقدارها بالاجماع وفي الزيادة الخلاف المذكور في الدين وقوله (لان الاب يلي ما سواه) دليل المسئلة وهو واضح ولكن هذا المذكور حكم المسئلة اذا لم يكن على التركة دين مستغرق فان كان وهو مستغرق فله أن يبيع الجميع لانه لا يمكنه قضاء الديون الا بالبيع فكان مأمورا بالبيع من جهة الموصي وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار أيضا عند أبي حنيفة خلافا لهما قالا في منع بيع الزيادة ان جوازه للحاجة ولا حاجة الى بيع الزائد فلا يجوز واستحسن أبو حنيفة فقال الولاية ههنا بسبب الوصاية وهي لا تتجزأ فمتى تثبت له الولاية في بيع البعض تثبت في الباقي ولان في بيع البعض اضرارا لتعيب الباقي فكان في بيع الكل توفير المنفعة عليهم وللوصي ولاية ذلك في نصيب الكبير ألا ترى أنه يملك الحفظ وبيع المنقولات حال غيبته لما فيه من المنفعة فان قلت قد علم حكم المسئلة اذا كانت الورثة كبارا بعبارة الكتاب واذا كانوا صغارا بمفهومه فما حكمها اذا كانوا صغارا وكبارا قلت حكمها أن الكبار اذا كانوا غيبا وخلت التركة عن دين ووصية فللوصي بيع المنقول بالاجماع وبيع حصة الصغار من العقار وأما بيع حصة الكبار منه فعلى الخلاف الذي مر وان اشتغلت بدين مستغرق يبيع المنقول والعقار جميعا وبغير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار جميعا وفي الزيادة الخلاف وان كانوا حضورا وكانت التركة خالية عن الدين يبيع حصة الصغار من العقار بالاجماع وفي بيع حصة الكبار الخلاف وان كانت مشغولة بدين مستغرق يبيع الكل وبغير مستغرق بقدره والزيادة على الخلاف وقوله (ولا يتجر في المال) ظاهر وقوله (وهذا الجواب في تركة هؤلاء) يعني الاخ والام والعم وانما قيد بتركة هؤلاء لان وصي هؤلاء فيما ترك الاب ليس كوصي الاب في الكبير الغائب فان وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن أبيه العقار والمنقول في ذلك سواء لانه قائم مقام الام والام حال حياتها لا تملك بيع ما ورثه الصغير المنقول والعقار المشغول بالدين والخالي عنه فكذلك وصيها وأما ما ورثه الصغير من الام فلوصيها فيه بيع المنقول دون العقار لان له ولاية الحفظ وبيع المنقول من الحفظ دون العقار اذا لم يكن على التركة دين أو وصية أما اذا كان دين فان كان مستغرقا فله بيع الكل ودخل بيع العقار تحت ولايته لان بيع العقار طريق قضاء الدين وقضاء الدين دخل تحت ولايته وان لم يكن مستغرقا يبيع بقدر الدين وأما بيع الزيادة على قدر الدين فعلى الاختلاف المار وهذا الجواب بعينه هو الجواب عن وصي الاخ والعم لانه كما لا ولاية للام على الصغير في المال فكذا لا ولاية للاخ والعم عليه

وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا أنا استحسنا لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه قال (ولا يتجر في المال) لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم

قال

في التعليل المزبور (قوله وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه يملكه الاب على الكبير) قال صاحب الكفاية قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير في صورة التناقض لقوله لان الاب يلي ما سواه ويتفصى عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر انتهى أقول ما ذكره في وجه التفصي عن التناقض ليس بتام لان الوصي أيضا لا يملك غير العقار على الكبير بالولاية الحقيقية بل انما يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر كما يدل عليه وجه الاستحسان المذكور في الكتاب فان كان معنى قول المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا أنه كان القياس أن لا يملكه الوصي بجهة الحفظ والنظر أيضا كما هو الظاهر من السباق والسياق لزم أن يكون معنى قوله لانه لا يملكه الاب على الكبير أي لا يملكه عليه بجهة الحفظ والنظر أيضا وهذا ينافي ما ذكره الشارح المزبور في وجه التفصي عن التناقض كما لا يخفى وان كان معنى ذلك كان القياس أن لا يملكه الوصي بالولاية الحقيقية وهو يشعر بأن يكون ذلك القياس متروكا مع أنه لم يترك قط اذ لم يقل أحد بأن الوصي يملكه على الكبير بالولاية

(قال المصنف وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا لانه لا يملكه الاب على الكبير) أقول يناقض ظاهره لقوله لان الاب يلي ما سواه ويتفصى عنه بأن الاب لا يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر كذا في الكفاية ولا يوافقه قوله ولا يليه

قال (والوصي أحق بمال الصغير من الجد) وقال الشافعي الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب حال عدمه حتى أحرز الميراث فيتقدم على وصيه ولنا أن بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه أنظر لبنيه من تصرف أبيه (فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى يملك الانكاح دون الوصي غير أنه يقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بيناه

﴿فصل في الشهادة﴾ قال (واذا شهد الوصيان أن الميت أوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة) لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال (الا أن يدعيها المشهود له) وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي

الحقيقية فالوجه في تقرير هذا المحل ما ذكره الامام الزيلعي في التبيين حيث قال وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع انتهى ثم ان بعض الفضلاء بعد أن نقل ما في الكفاية رده بوجه آخر حيث قال ولا يوافقه قوله ولا يليه انتهى أقول هذا ساقط اذ لا نسلم أن قول المصنف فيما قبل ولا يليه لا يوافق ما في الكفاية من التوجيه فان معناه ولا يلي الاب العقار كما يلي غيره اذ في غيره حفظ ماله وهو يملك الحفظ وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا يليه وهذا لا ينافي ما في الكفاية بل يوافقه كما لا يخفى على ذي فطنة

﴿فصل الشهادة في الوصية﴾ قال صاحب النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها انتهى واقتفى أثره صاحب العناية نقلا عنه أقول ليس ذلك بسديد لان الذي لا يختص بالوصية انما هو مطلق الشهادة وأما الشهادة في الوصية فمختصة بها قطعا فلا معنى لقوله لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية كما لا يخفى والظاهر في وجه التأخير ما ذكره صاحب الغاية حيث قال وانما أخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لان الاصل عدم العارض انتهى (قوله وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء أو ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي) قال صاحب النهاية فان قيل اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت التهمة فيه قلنا القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصى اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا كذا ذكره الامام المحبوبي في باب القضاء بالشهادة من قضاء الجامع الصغير الى هنا لفظ النهاية واقتفى أثره جماعة من الشراح منهم صاحب العناية أقول كل من السؤال والجواب منظور فيه عندي أما السؤال فلا يحتاج له أصلا فان الوصيين اللذين نصبهما الميت اذا كانا عاجزين عن القيام بالوصية فللقاضي أن يضم اليهما وصيا آخر بلا ريب كما تقرر في أوائل باب الوصي وما يملكه واذا لم يكونا عاجزين عنه ولكن سألا القاضي أن يضم اليهما الآخر ورضي به الآخر فله أيضا أن يضم اليهما الآخر كما صرح به في كثير من المعتبرات وأشار اليه المصنف هنا بقوله أو ضم آخر اليهما برضاه قال تاج الشريعة في شرحه يعني لو سألا من القاضي أن يجعل هذا الرجل وصيا معهما برضاه فعلى القاضي أن يجيبهما في ذلك انتهى ثم ان هذا حال الضم الى الوصيين

وقوله (والوصي أحق بمال الصغير من الجد الخ) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله ولنا أن بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه الخ

﴿فصل في الشهادة﴾

قال في النهاية لما لم تكن الشهادة في الوصية أمرا مختصا بالوصية أخر ذكرها لعدم عراقتها فيها وقوله (واذا شهد الوصيان) ظاهر وقوله (وجه الاستحسان الخ) اعترض عليه بانه اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى أن ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند أداء الشهادة اذا تمكنت فيه الشبهة وأجيب بأن القاضي وان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الموصى اليهما متى شهدا بذلك كان من زعمهما أنه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فأشبه من هذا الوجه ما لم يكن ثمة وصي وهناك تقبل الشهادة فكذلك ههنا ومعنى قبول الشهادة اسقاط مؤنة التعيين والوصاية تثبت بنصب القاضي

قال (وكذلك الابنان) معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى أنفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة (ولو شهدا) يعني الوصيين (لوارث صغير بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة) لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال (وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة

مطلقا وأما فيما نحن فيه فيجب على القاضي أن يضم الثالث اليهما البتة وان بطلت شهادتهما كما نص عليه في عامة المعتبرات منها التبيين فانه قال فيه فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بأن أوصى الى آخر معهما الميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة ثم قال في بيان وجه الاستحسان في صورة قبول شهادتهما وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم اليهما ثالثا على ما بيناه آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضي اياه انتهى ومنها المحيط فانه قال فيه قال في الاصل واذا كذبهما المشهود عليه أدخلت معهما رجلا آخر سوى المشهود عليه من مشايخنا من قال ما ذكر أنه يدخل معهما ثالثا قول أبي حنيفة ومحمد وأما عند أبي يوسف لا يدخل معهما ثالثا ومنهم من يقول لا بل المذكور في الكتاب قولهم جميعا وهو الظاهر فانه لم يحك فيه خلافا وان صدقهما وقال لا أقبل الوصية قال أدخلت معهما ثالثا بخلاف ما لو قبل ثم أبى فانه لا يعمل رده واباؤه الى هنا لفظ المحيط وأما الجواب فلان قياس ما نحن فيه على ما لم يكن ثمة وصي بقوله وهناك تقبل الشهادة فكذلك هنا قياس مع الفارق اذ لا تهمة هناك وفيما نحن فيه تهمة كما بينوا وأيضا القاضي يحتاج هناك الى نصب الوصي وهنا لا يحتاج اليه في زعم المجيب فأين هذا من ذاك ومجرد المشابهة في جهة لا يصحح القياس كما لا يخفى ثم ان بعض المتأخرين استشكل هذا المقام بوجه آخر فقال فيه ان وجوب كون المضموم هذا المدعي أثر شهادة المتهم مع أنه لا تقبل شهادة المتهم فكيف يترتب عليها أثر انتهى أقول هذا ليس بشيء لان شهادة المتهم انما لا تقبل في اثبات حق شرعي وايجابه لا في اسقاط شيء كمؤنة التعيين فيما نحن فيه فان شهادتهما تسقط عن القاضي مؤنة التعيين وان لم تثبت الوصاية كما أشار اليه المصنف بقوله فتسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما الوصاية تثبت بنصب القاضي وكم من شيء يكون حجة في الدفع ولا يكون حجة في الاثبات كالاستصحاب ونحوه فيجوز أن تكون شهادة المتهم أيضا كذلك فيترتب عليها أثر الدفع ولقد أفصح عنه صاحب الغاية هنا حيث قال وجه الاستحسان أن القاضي ملك نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت القاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وانما أسقطت عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة تدفع عنه مؤنة التعيين انتهى (قوله وكذلك الابنان) قال الشراح قوله وكذلك الابنان معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة اهـ اقول تفسير المصنف قوله وكذلك الابنان بقوله معناه اذا شهدا أن الميت أوصى الى رجل وهو ينكر يقتضي أيضا بظاهره أن يكون قوله وكذلك الابنان معطوفا على قوله فالشهادة باطلة لان الحكم في صورة الانكار بطلان الشهادة لا غير لكن لم يظهر لي ما دعاهم الى جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط دون مجموع المستثنى والمستثنى منه مع صحة المعنى في الثاني أيضا وزيادة الافادة اذ يصير المعنى اذ ذاك وكذلك حكم شهادة الابنين في صورة أن ينكر المشهود له ما شهدا به وفي صورة أن يدعيه فان شهادتهما

وقوله (وكذلك الابنان) معطوف على المستثنى منه وهو قوله فالشهادة باطلة وقوله (وكذا لو شهدا يعني الوصيين الخ) واضح وقوله (واذا شهد رجلان لرجلين) جنس هذه المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا وهو أن يشهدا الرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما تثبت فيه التهمة لا تقبل فيه الشهادة وهو الثاني والرابع وما لم تثبت فيه التهمة قبلت كالثالث على ما ذكر في الكتاب

(قوله معطوف على المستثنى منه وهو قوله والشهادة باطلة) أقول يعني أنه معطوف عليه بعد تقييده بالشرط كما قيل في عطف قوله تعالى ولا يستأخرون

بخلاف

بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال (واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية ألف درهم لم تجز) وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا وأبو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف وعن أبي يوسف مثل قول محمد وجه القبول أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق) لانه لا شركة فلا تهمة (ولو شهدا أنه أوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة) لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة

تبطل في الصورة الاولى وتقبل في الصورة الثانية استحسانا وهذا جيد جدا فان جواب مسئلة شهادة الابنين كجواب مسئلة شهادة الوصيين في الصورتين معا كما صرح به في عامة الكتب وأما اذا جعل قوله وكذلك الابنان معطوفا على المستثنى منه فقط يلزم أن تكون احدى صورتي مسئلة شهادة الابنين متروكة البيان في الكتاب بالكلية من غير ضرورة ولا يخفى ما فيه فالحق عندي أنه معطوف على المجموع لا محالة (قوله بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل يقتضي أن تجوز شهادتهما لوارث صغير أيضا في غير تركة الميت عند أبي حنيفة لجريانه بعينه هنالك أيضا مع أن عدم جواز شهادتهما لوارث صغير بشئ من تركة الميت وغيرها متفق عليه كما مر في الكتاب آنفا فليتأمل في الدفع (قوله واذا شهد رجلان لرجلين على ميت الى آخر الفصل) قال في العناية جنس هذه المسائل أربعة أوجه الاول ما اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه وهو الشهادة بالوصية بجزء شائع من التركة كالشهادة بألف مرسلة أو بثلث المال والثالث ما اتفقوا على جوازه وهو أن يشهدا لرجلين بجارية ويشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية عبد والرابع وهو المذكور في الكتاب آخرا وهو أن يشهدا لرجلين بعين ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أو بثلث المال ومبنى ذلك كله على تهمة الشركة فما ثبت فيه التهمة لا تقبل الشهادة فيه وهو الثاني والرابع وما لم يثبت فيه التهمة قبلت كما في الثالث على ما ذكر في الكتاب وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا انتهى أقول تقسيم صاحب العناية وتقريره هنا مختل لانه ان أراد بالاوجه الاقسام الكلية فهي ثلاثة لا غير أحدها ما اتفقوا على جوازه وثانيها ما اتفقوا على عدم جوازه وثالثها ما اختلفوا فيه وما عدها وجها رابعا داخل في القسم الثاني لا محالة وان أراد بها الامثلة فهي خمسة لا أربعة كما يدل عليه عبارة الكتاب فلا وجه لجعل الاثنين منها وجها واحدا على أن قوله الاول ما اختلفوا فيه والثاني ما اتفقوا على عدم جوازه والثالث ما اتفقوا على جوازه لا يساعد كون مراده بالاوجه هو الامثلة بل يقتضي كون مراده بها هو الاقسام الكلية المذكورة كما لا يخفى ثم ان صاحبي النهاية والكفاية وان ذهبا أيضا الى كون الاوجه في جنس هذه المسائل الاربعة الا أن تقريرهما لا ينافي كون المراد بالاوجه هو الامثلة والمسائل دون الاقسام الكلية والاصول كما ينافيه تقرير

وأما الوجه الاول فقد وقع الاختلاف فيه بناء على ذلك أيضا فوجه القبول وهو الذي ثبت عليه الامام محمد ولم يطرد أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة ووجه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة به ولهذا لو استوفى أحدهما حقه من التركة شاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة .

﴿ كتاب الخنثى ﴾

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال (واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو

صاحب العناية فانه مما قالا فيه وجنس هذه المسائل على أربعة أوجه في الوجه الاول تقبل الشهادة بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بوصية عين لرجلين كالعبد ويشهد الموصى لهما لهذين الشاهدين بوصية عين أخرى كالجارية لانه لاشركة للشهود فيه فلا تمكن التهمة وفي الوجه الثاني لاتقبل بالاجماع وهو أن يشهد الرجلان بالوصية بجزء شائع كالوصية بثلث ماله ويشهد المشهود لهما للشاهدين بألف مرسلة أيضا وفي الوجه الثالث لاتقبل أيضا وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما أن الميت أوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة وفي الوجه الرابع اختلفوا فيه وهو الشهادة بالدين انتهى تدبر تفهم ثم ان الحق أن تثلث القسمة هنا كما فعله الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا حيث قال واذا شهد أربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على الميت فان هذا على ثلاثة أوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لاتقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه ثم فصل كل وجه بأمثلته ودليله وكما فصله شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد حيث قال وههنا ثلاثة فصول أحدها مالا تقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثاني ماتقبل فيه الشهادة بالاتفاق والثالث مااختلفوا فيه وبين كل واحد منها تأمل

﴿ كتاب الخنثى ﴾

قال في النهاية لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة في المال من آتى النساء والرجال شرع في بيان أحكام من له آلتان فيه وقدم ذكر الاول لما أن الواحد قبل الاثنين أولان الاول هو الاعم والاغلب وهذا كالنادر فيه انتهى أقول فيه بحث أما أولا فلان ماذكر في الكتب السالفة من الاحكام ليس بمخصوص بمن له آلة واحدة بل يعم من له آلة واحدة ومن له آلتان ألا يرى أن الاحكام المارة في كتاب الوصايا مثلا جارية بأسرها في حق الخنثى أيضا وكذلك الحال في أحكام سائر الكتب المتقدمة كلها أو جلها فما معنى قوله لما فرغ من بيان أحكام من له آلة واحدة شرع في بيان أحكام من له آلتان وأما ثانيا فلان قوله شرع في بيان أحكام من له آلتان ليس بتام اذ جعل المصنف لكتاب الخنثى فصلين ووضع الفصل الاول لبيانه والفصل الثاني لاحكامه حيث قال فصل في بيانه ثم قال فصل في أحكامه فهو في هذا الكتاب انما شرع حقيقة في بيان من له آلتان لافي بيان أحكامه وانما ذكر أحكامه في الفصل الثاني بعد أن ذكر بيان نفسه في الفصل الاول وان صح أن يقال شرع في أحكامه أيضا أو لمّا فما معنى تخصيص الشروع بالثاني في قوله شرع في بيان حكم من له آلتان ويمكن التوجيه بعناية فتأمل وقال في العناية لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود انتهى أقول يتجه عليه أيضا ماذكرناه آنفا من البحث الاول بل بعض البحث الثاني أيضا فتأمل وقال في غاية البيان أخر كتاب الخنثى لوقوعه نادرا لان الاصل أن يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه اه أقول هذا جيد الا قوله وقلة الاحتياج الى بيانه فان ما يكون نادر الوقوع وخلاف المعتاد يكون أحوج الى البيان لكونه بعيدا عن الاذهان موقوفا حاله على أمر خفي وعن هذا قال في النهاية ومن محاسن أحكام الخنثى ترك الاهمال في البيان وان ندر وجوده في الازمان

﴿ فصل في بيانه ﴾ قال صاحب العناية فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار

﴿ كتاب الخنثى ﴾

﴿ فصل في بيانه ﴾

لما فرغ من بيان أحكام من غلب وجوده ذكر أحكام من هو نادر الوجود ذكر في المغرب أن تركيب الخنث يدل على لين وتكسر ومنه المخنث وتخنث في كلامه فان قيل الفصل انما يذكر لقطع شئ من شئ آخر باعتبار نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شئ فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لافي الاجمال (قال واذا كان الخ) أي قال القدوري اذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى والظاهر أن الواو الواقعة في أول الكلام للاستئناف وكلامه ظاهر

غلام وان كان يبول من الفرج فهو أنثى) لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول من أي عضو كان فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لان ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو الاصلي (وان كانا في السبق على السواء فلا معتبر بالكثرة عند أبي حنيفة وقالا ينسب الى أكثرهما بولا) لانه علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا أصليا ولان للاكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله أن كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في أحدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال (واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فهو رجل) وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل أو كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران (ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة أو نزل له لبن في ثديه أو حاض أو حبل أو أمكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة) لان هذه من علامات النساء (وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل) وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

﴿فصل في أحكامه﴾ قال رضي الله عنه الاصل في الخنثى المشكل أن يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق في أمور الدين وأن لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته قال (واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال أنه رجل فتفسد صلاته

نوع مغايرة بينهما وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل قلت كلامه في قوة أن يقال هذا الكتاب فيه فصلان فصل في بيان الخنثى وفصل في أحكامه وما ذكرت فانما هو في وقوعه في التفصيل لا في الاجمال اهـ وقال بعض المتأخرين بعد نقل هذا السؤال والجواب ولك أن تقول انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها يستلزم انفصال الاخرى عن الاولى فاذا عنونت الثانية بالفصل كما هو المعتاد كان ذلك في قوة تعنون الاولى به أيضا وان لم يصرح به في العادة لكن صرح به هنا اشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكر بعيده وهو ما ذكره بقوله فصل في أحكامه فتأمل انتهى أقول هذا كلام خارج عن سنن السداد أما أولا فلان الفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه لا لقطعه من شيء آخر مطلقا وقد أشار اليه صاحب العناية بقوله وههنا لم يتقدم شيء فما وجه ذكر الفصل فاستلزام انفصال طائفة من المسائل عن أخرى منها انفصال الاخرى عن الاولى انما يقتضي تحقق معنى الانفصال مطلقا في الاولى لا تحقق الانفصال عما تقدم في الاولى أيضا كما لا يخفى والفصل انما يذكر لقطع شيء من شيء آخر تقدم عليه فلا يتم التقريب وأما ثانيا فلانه كيف يحصل بالتصريح بالفصل هنا الاشارة في أول الوهلة الى أن هنا فصلا آخر يذكر بعيده وذكر فصل لا يقتضي ذكر فصل آخر لا في اللغة ولا في العرف والالزم أن يقتضي ذكر فصل في أحكامه ذكر فصل آخر أيضا بعيده ولم يذكر بعده فصل آخر قطعا وعن هذا تراهم يذكرون في كثير من المواضع فصلا واحدا ولا يذكرون بعده فصلا آخر أصلا

﴿فصل في أحكامه﴾ أي في أحكام الخنثى المشكل وهو الذي لم تظهر فيه احدى العلامات وتعارضت العلامات لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم فيما مضى من الكتب على وجه التفصيل (قوله واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء) هذا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف في تعليله (لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كي لا يفسد صلاتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلاته) أقول في تحرير هذا التعليل نوع خلل لان قوله ولا

وقوله (فهو دلالة على أنه هو العضو الاصلي الصحيح) وجه الدلالة أن الله تعالى خلق في الحيوان كل عضو لمنفعة ومنفعة هاتين الآلتين عند الانفصال من الام ليست الا خروج البول منهما وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد ذلك فعرفنا أن المنفعة الأصلية للآلة كونها مبالا فاذا بال من أحدهما عرف أن الآلة التي هي للفصل في حقه هذه والآخر زيادة خرق في البدن فكان بمنزلة العيب والباقي ظاهر وحاصله ان ظهرت علامة الرجال فهو رجل وان ظهرت علامة النساء فهو امرأة وان لم يظهر شيء أو تعارضت العلامات فهو خنثى مشكل وهذا يرفع ما يقال لا اشكال بعد البلوغ الا اذا أريد به الغالب

﴿فصل في أحكامه﴾

لما كان الغرض من ذكر الخنثى معرفة أحكام الخنثى المشكل لان غير المشكل اما أن يكون رجلا أو امرأة وحكم كل واحد منهما معلوم ذكر في هذا الفصل أحكامه فقال (الاصل في الخنثى المشكل) ولم يقل المشكلة لانه لما لم يعلم تذكيره وتأنيثه والاصل هو التذكير لان حواء خلقت من ضلع آدم اعتبره

(فان قام فى صف النساء فأحب الى أن يعيد صلاته) لاحتمال أنه رجل (وان قام فى صف الرجال فصلاته تامة ويعيد الذى عن يمينه وعن يساره والذى خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا) لاحتمال أنه امرأة قال (وأحب الينا أن يصلى بقناع) لانه يحتمل أنه امرأة (ويجلس فى صلاته جلوس المرأة) لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن (وان صلى بغير قناع أمرته أن يعيد) لاحتمال أنه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد أجزأه (وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال) لانه يباح لمملوكته النظر اليه

النساء عطف على الرجال فى قوله فلا يتخلل الرجال وقوله فلا يتخلل الرجال متفرع على قوله لاحتمال أنه امرأة لانه معطوف فيلزم أن يكون قوله ولا النساء متفرعا أيضا على قوله لاحتمال أنه امرأة لان المعطوف فى حكم المعطوف عليه بالنظر الى ماقبله فيصير الحاصل لاحتمال أنه امرأة فلا يتخلل الرجال ولا النساء ولاشك أنه لا معنى لتفرع عدم تخلله النساء على قوله لاحتمال انه امرأة اذ لا تأثير لاحتمال انه امرأة فى عدم تخلله النساء بل مجرد احتمال انه امرأة مما يجوز تخلله النساء وانما التأثير فى عدم تخلله النساء لاحتمال انه رجل وكان صاحب الكافى ذاق هذه البشاعة فغير تحرير المصنف فى التعليل حيث قال وان وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء فلا يتخلل الرجال حتى لا يفسد صلاتهم لاحتمال انه امرأة ولا يتخلل النساء حتى تفسد صلاته لاحتمال انه رجل انتهى (قوله فان قام فى صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال انه رجل) هذا لفظ محمد فى الاصل قال جمهور الشراح انما قال باستحباب اعادة الصلاة دون الوجوب والاخذ بالاحتياط فى باب العبادات واجب لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم فللتوهم أحب له أن يعيد الصلاة انتهى وعزاه فى النهاية والكفاية الى المبسوط أقول فيه نظر اذ لا يذهب على ذى فطانة أن كون المفسد موهوما لا يرفع وجوب اعادة الصلاة عند تقرر كون الاخذ بالاحتياط واجبا فى باب العبادات كما صرحوا به فان الاحتياط يقتضى الاحتراز عن الموهوم أيضا فالظاهر عندى ماذكر فى الذخيرة ونقله الشراح هنا عنها وهو أن قوله فأحب الى أن يعيد صلاته فيما اذا كان الخنثى المشكل مراهقا فان الاعادة مستحبة فى حقه تخلقا واعتيادا وأما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا كان عليه الاعادة وان كان أنثى لم تلزمه الاعادة فتجب الاعادة احتياطا على ما هو الحكم فى باب العبادة (قوله ويجلس فى صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما أمكن) أقول فى هذا التعليل كلام وهو أنه ان أراد بقوله وهو جائز فى الجملة أنه جائز بلا عذر فهو ممنوع بل مكروه وان أراد به أنه جائز بعذر كما صرح به فى الكافى حيث قال وهو جائز فى الجملة عند العذر وكما صرح به فى المبسوط والذخيرة وبين وجه العذر هنا حيث قال لان الرجل يجلس كذلك عند العذر واشتباه الحال من أبين الاعذار انتهى فهو مسلم لكن يرد حينئذ على قوله وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها أن يقال ارتكاب المكروه أيضا جائز عند العذر واشتباه الحال من أبين الاعذار فما الرجحان فى جلوسه جلوس المرأة فتأمل فى الدفع (قوله وتبتاع له أمة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أو امرأة) قال صاحب النهاية هذا التعليل وان كان صحيحا فى حق الرجل ولكن هو فاسد فى حق المرأة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها مطلقا لانه ذكر فى استحباب المبسوط أن للامة أن تنظر الى مولاتها كما للاجنبيات فعلم بهذا أنه لا تأثير للملك فى اباحة النظر الى سيدتها والاولى فى التعليل هنا ماذكره فى المبسوط والذخيرة فقال لانه متى اشترى الولى جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ثم ان كان

(فان قام فى صف النساء فاحب الى أن يعيد صلاته لاحتمال أنه رجل) قيل وانما قال باستحباب اعادة الصلاة ولم يقل بالوجوب والاخذ بالاحتياط فى باب العبادات أولى لان المسقط وهو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة فى صلاة مشتركة موهوم فللوهم أحب له أن يعيد الصلاة فان قيل الخنثى اذا كان مراهقا فلا اعادة عليه وان أفسدها فان كان بالغا فالاعادة واجبة لانه ان كان ذكرا وجب الاعادة وان كان انثى لا يلزمه فتجب احتياطا فما وجه قوله أحب الى أن يعيد أجيب بان مراده اذا كان مراهقا فالاعادة مستحبة تخلقا واعتيادا وأما اذا كان بالغا فالاعادة واجبة كذا فى الذخيرة فعلى هذا التقدير تكون اعادة من على يمينه ويساره وخلفه وبحذائه اذا قام فى صف الرجال واجبة لكن ذكر فى المبسوط أن المراد بالاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا أن محاذاة الرجل المرأة فى حقهم موهوم وقوله (وأحب الينا أن يصلى بقناع) يعنى اذا كان مراهقا وأما اذا بلغ بالسن فذلك واجب وقوله (وهو على الاستحباب) يعنى اذا كان غير بالغ وأما اذا بلغ بالسن ولم يظهر فيه شئ من علامات الرجال أو النساء فالاعادة واجبة وقوله (لانه يباح لمملوكته النظر اليه

رجلا

رجلا كان أوامرأة) قيل فيه نظر لانه وان كان صحيحا في حق الرجل لكنه فاسد في حق المرأة لان الامة لايباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها بل لها أن تنظر من مولاتها الى مالها أن تنظر اليه من الاجنبيات والصواب في التعليل وان كان أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وهو أحق منه الى خلاف الجنس فليس للملك تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها فان قيل فلو زوجه المولى امرأة بمهر يسير أغنته عن شراء الجارية بثمن كثير لحصول ماهو المقصود على هذا التقدير أجيب بأن محمدا لم يقل ذلك لعدم التيقن بصحة النكاح مالم يتبين أمره ومع هذا لو فعل كان صحيحا لان الخنثى ان كان امرأة فهذا نظر الجنس الى الجنس والنكاح لغو وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها (وقوله ويكره له في حياته لبس الحرير) قيل لا فائدة لقوله في حياته فانه لا لبس بعد الموت وانما هو الباس فكان معناه مفهوما من قوله لبس وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل مايذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع وانما كره ذلك لان لبس الحرير حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد فيؤخذ بالاحتياط فان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح مباح فيكره اللبس حذرا عن الوقوع في الحرام وقوله (وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) يعني اذا كان مراهقا والمراد بالانكشاف هو أن يكون في ازار واحد لا ابداء موضع العورة لان ذلك لايحل لغير الانثى أيضا وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف للنساء في ازار واحد

رجلا كان أوامرأة ويكره أن يختنه رجل لانه عساه أنثى أو تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا (وان لم يكن له مال ابتاع له الامام أمة من بيت المال) لانه أعدّ لنوائب المسلمين (فاذا اختتنته باعها ورد ثمنها في بيت المال) لوقوع الاستغناء عنها (ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء

الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة الى مالكها وان كان الخنثى أنثى فانه نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر فعلم بهذا أن شراء الجارية له على تقدير أن يكون الخنثى أنثى باعتبار أن نظر الجنس الى الجنس أخف من نظره الى خلاف الجنس لا لأن يكون للملك تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها الى هنا لفظ النهاية وقال صاحب الغاية بعد أن نقل اعتراض صاحب النهاية على تعليل المصنف وفيه نظر لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر ولهذا لو أصاب المرأة قرح أو جرح في موضع لايحل النظر اليه تداويه المرأة وكذا نظر القابلة الى فرج المرأة وقت الولادة يحل فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة السنة أيضا عذر جاز لها أن تنظر الى فرجها انتهى أقول نظره ساقط اذ يشترك في جواز النظر بالعذر الى موضع العورة من الامة المرأة والحرة والمملوكة وغير المملوكة فلم يكن للملك تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها أصلا وتعليل المصنف بقوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أوامرأة يشعر لامحالة بتأثير الملك في اباحة النظر الى سيدتها كتأثيره في اباحة النظر الى سيدها فيرد عليه ماقاله صاحب النهاية من أن هذا صحيح في حق الرجل فاسد في حق المرأة وعن هذا أمضاه جماعة من الشراح منهم صاحب العناية وقال صاحب الكافي في التعليل لانه يباح لمملوكته النظر الى ذكره ان كان رجلا (قوله ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير) قال صاحب النهاية وليس في قيد قوله في حياته زيادة فائدة لان الحياة تستفاد من ذكر اللبس ومن ذكر اختصاص الكراهة لما أن بعد الموت لو وجد ذلك اللباس لا لبس والكراهة بعد الموت للملبس لا للميت وقد اقتفى أثره صاحبا الكفاية ومعراج الدراية وقصد صاحب العناية رد ذلك فقال بعد نقله وهو مناقشة سهلة لانه ليس كل مايذكر في التراكيب يكون قيدا للاخراج لجواز أن يكون بعضها بيانا للواقع انتهى أقول ليس هذا بشئ لان حاصل دخل صاحب النهاية أن قوله في حياته قيد مستدرك لافائدة فيه هنا لانفهام معناه مما ذكر فيما قبله ومابعده ولايذهب عليك أن كونه بيانا للواقع لايدفع استدراكه وعدم الفائدة في ذكره اذا كان الواقع مبينا بدونه فالوجه في الاعتذار عن ذكره ماذكره هؤلاء الشراح أنفسهم حيث قالوا الا أن المصنف تبع في ذلك لفظ المبسوط وانما وقع في لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات فكان ذكر الحياة هنالك لتبيين المقابلة لا للقيد انتهى (قوله وأن يتكشف قدام الرجال أو قدام النساء) قال جمهور الشراح وهذه المسئلة تدل على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل

(قوله قيل فيه نظر الى قوله فليس للملك تأثير في اباحة نظر المملوكة الى سيدتها) أقول نعم الامر كما قال وقد مر تفصيله في كتاب الكراهية في مسائل النظر الا أنه يمكن أن يجاب عنه بأن مراد المصنف من قوله لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان أوامرأة اباحة النظر لسيدهما مطلقا ولسيدتهما بالضرورة فحينئذ يندفع الاشكال بالكلية (قوله يعني اذا كان مراهقا الى قوله لان ذلك لايحل لغير الخنثى أيضا) أقول اذا كان الكلام في المراهق فأفعاله لاتوصف بالحل والحرمة

وقوله (وأن يخلو به) أى يكره أن يخلو به (غير محرم من رجل أو امرأة) لقوله صلى الله عليه وسلم ألا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان وأمره فى ذلك محتمل نظرا الى حاليه وقوله (لا علم لى فى لباسه) يعنى لاشتباه حاله وعدم المرجح وقول محمد ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان الحنث لا يثبت بالشك وقوله (وان قال بالقولين) يعنى أن يقول كل عبد لى وكل أمة لى فهو حر وقوله (لانه ليس بمهمل) يعنى أنه فى الواقع ليس بخال عن أحد الحالين وقوله (لانه دعوى يخالف قضية الدليل) لانه يقتضى بقاء الاشكال وهو لا يعلم فى ذلك من نفسه خلاف ما لم يعلم به غيره وقوله (ينبغى أن يقبل انما قال بلفظ ينبغى لان حكمه غير مذكور فلم يتيقن به (وقوله لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء) أى غسل الرجل (٥٠٨) المرأة وعكسه غير ثابت فى الشرع فان النظر الى العورة حرام والحرمة لم تنكشف بالموت الا أن نظر الجنس الى الجنس أخف فلاجل الضرورة أبيح نظر الجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ فى وجوب ستر عورته فان كان مشكلا لم يعرف له جنس فتعذر غسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لعدم ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة ماتت بين رجال أو عكسه فانه ييمم بالصعيد مع الخرقة ان يمم الاجنبى وبغيرها ان كان ذا رحم محرم من الميت وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز أن يكون امرأة ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه فى حال الحياة وله أهلية المالكية فيها وقوله (وضع الرجل مما يلى الامام والخنثى خلفه) يعنى اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف الرجال والنساء فكان فى القرب من الامام بعد درجة فكذلك فى حال الممات والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ليلينى منكم أولو الاحلام والنهى (ولو دفن مع رجل فى قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) يعنى يقدم (ويجعل الرجل الى جانب القبلة لان جهتها أشرف فالرجل للتقريب اليه أولى وقد جاء فى الحديث أنه صلى الله عليه وسلم أمر بتقديم أكثرهم

وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وان يسافر من غير محرم من الرجال) توقيا عن احتمال المحرم (وان أحرم وقد راهق قال أبو يوسف لا علم لى فى لباسه) لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان أنثى يكره له تركه (وقال محمد يلبس لباس المرأة) لان ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه لم يبلغ (ومن حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين أمر الخنثى) لان الحنث لا يثبت بالشك (ولو قال كل عبد لى حر أو قال كل أمة لى حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين أمره) لما قلنا (وان قال القولين جميعا عتق) للتيقن بأحد الوصفين لانه ليس بمهمل (وان قال الخنثى أنا رجل أو أنا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا) لانه دعوى يخالف قضية الدليل (وان لم يكن مشكلا ينبغى أن يقبل قوله) لانه أعلم بحاله من غيره (وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة) لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد) لتعذر الغسل (ولا يحضران كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة) لاحتمال أنه ذكر أو أنثى (وان سجى قبره فهو أحب) لانه ان كان أنثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره (واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلى الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل) لاحتمال أنه امرأة (ويقدم على المرأة) لاحتمال أنه رجل (ولو دفن مع رجل فى قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل) لاحتمال أنه امرأة

الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز للخنثى التكشف للنساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى أيضا ولكن المراد أن يكون فى ازار واحد انتهى وهكذا ذكره شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد كما نقله صاحب الغاية أقول ليس هذا بتام عندى اذ على تقدير كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى الرجل على ما هو الاصح من الروايتين كما نص عليه المصنف فى كتاب الكراهية يصح الحكم على الخنثى المشكل بعدم جواز أن يتكشف للنساء أيضا بناء على رواية كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما ذكرها المصنف فى كتاب الكراهية نقلا عن كتاب الخنثى من الاصل اذ على هذه الرواية لا يجوز له التكشف للنساء لاحتمال كونه رجلا كما لا يجوز له التكشف للرجال لاحتمال كونه امرأة فلم يكن فى هذه المسئلة دلالة على أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لجواز أن يكون مبناها كون نظر المرأة الى الرجل كنظر الرجل الى ذوات محارمه لا كون نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات محارمه كما زعموا فتبصر (قوله وان لم يكن مشكلا ينبغى أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره) قال صاحب الغاية وفى هذا التعليل نظر لانه انما

(قال المصنف لم يقبل قوله اذا كان مشكلا الى قوله فان لم يكن مشكلا الخ) أقول يعنى ان علم الاشكال أو لم يعلم الاشكال (قال المصنف لانه أعلم بحاله من غيره) أقول قال الاتقانى وفيه نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى وجوابه أن المراد اذا لم يعلم كونه مشكلا كما أشرنا اليه فافهم

أخذ القرآن جانب القبلة (و يجعل بينهما حاجز من صعيد) ليصير ذلك في حكم قبرين وقوله (وان جعل على السرير نعش المرأة) النعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد تقدم في كتاب الصلاة وقوله (وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث) فلا بذلك بأس لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب في حال الحياة فالزيادة على الثلاثة في الكفن للرجل غير ضائرة كما في حال الحياة فان للرجل أن يلبس حال حياته أزيد على الثلاثة وأما اذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة فان السنة في كفنها خمسة أثواب (قال ولو مات أبوه وخلف ابنا) اعلم أن الشيخ باالحسن القدوري ذكر قول محمد مع أبي يوسف وكذلك أثبت المصنف في الكتاب وكذا ذكره الشيخ أبو نصر البغدادي وفي عامة الكتب ذكر قول محمد مع أبي حنيفة ولكن أبو يوسف ومحمد اختلفا في تخريج قول الشعبي فمحمد فسره على وجه ولم يأخذ به وأبو يوسف فسره على وجه ولم يأخذ به وهو أن تجعل المسئلة على سبعة ثم رجع عن ذلك وفسره على وجه آخر وهو تفسير محمد بأن تجعل على اثنى عشر وأخذ به وكان قول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد فنقول على ماذكر في الكتاب اذا مات أبو الخنثى وترك ابنا فالمال بينهما أثلاثا عند أبي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك أي غير كونه أنثى لظهور احدى علامات الذكور بلا معارض فحينئذ يعتبر ذكرا وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي وابن أبي ليلى والثوري وهو مذهب ابن عباس واختلفا في قياس قول الشعبي قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون له ثلاثة أرباع نصيب ابن فيضرب مخرج الربع وهو أربعة في سهم وثلاثة أرباع سهم يحصل سبعة فللخنثى ثلاثة وللابن أربعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين وان كان أنثى أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث صحيح وأقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة أسهم وفي حال أثلاثا سهمان للخنثى وأربعة للابن فسهمان للخنثى ثابتان بيقين والسهم الزائد وقع فيه الشك فيتنصف فيكون له سهمان ونصف سهم ولزم الكسر النصفي فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة وفي تأخير قول محمد اشارة من المصنف الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيبه وما ذهب اليه محمد أقل مما ذهب اليه أبو يوسف بسهم من أربعة وثمانين سهما وطريق معرفته أن تضرب السبعة في اثنى عشر حيث لا موافقة بينهما يبلغ المجموع أربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شيء من السبعة في اثنى عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضرب به في اثنى عشر يبلغ ستة وثلاثين واضرب حصة من كان له شيء من اثنى عشر في السبعة وللخنثى منه خمسة فاضرب به في سبعة يكون خمسة وثلاثين فظهر أن التفاوت بسهم من أربعة وثمانين كذا أفاده الامام حميد الدين (ولابي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء) لانه لابد من بيان سبب استحقاقه بالذكورة أو الانوثة ولا شيء منهما بمعلوم واثبات المال ابتداء بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن

(و يجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امرأة قدم الخنثى) لاحتمال أنه رجل (وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب الي) لاحتمال أنه عورة (ويكفن كما تكفن الجارية وهو أحب الي) يعني يكفن في خمسة أثواب لانه اذا كان أنثى فقد أقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث ولا بأس بذلك (ولو مات أبوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند أبي حنيفة أثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو أنثى عنده في الميراث الا أن يتبين غير ذلك) وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثنى عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال أبو يوسف المال بينهما على سبعة للابن أربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذلك يضرب بأربعة فيكون سبعة ولمحمد أن الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان أنثى يكون المال بينهما أثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث وأقل ذلك ستة ففي حال يكون المال بينهما نصفين لكل واحد ثلاثة وفي حال يكون أثلاثا للخنثى سهمان وللابن أربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فيضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثنى عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة أن الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء

لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فعند ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك انتهى أقول مدار هذا النظر على عدم فهم مراد المصنف فان مراده بقوله وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم أنه مشكل لا علم أنه ليس بمشكل لان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم أنه مشكل كما صرح به الشارح المذكور نقلا عن الحاكم الشهيد ويدل عليه أيضا قول المصنف في

(و الاقل وهو ميراث الانثى متيقن به) فأوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق آخر فانه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك الى أن يقوم الدليل على الزائد فان من قال لفلان على دراهم يحكم له بالثلاثة حتى يقوم الدليل على الزائد لكون الاول متيقنا به دون الزيادة لا يقال سبب استحقاق الميراث هو القرابة وهى ثابتة بيقين فى الخنثى والجهالة وقعت فى القسمة بقاء فلا يمتنع الوجوب لانا نقول ليس الكلام فى استحقاق أصل الميراث وانما هو فى استحقاق المقدار وسببه الذكورة أو الانوثة ولا شئ منهما بمتيقن به فيما نحن فيه وقوله (الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا) استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن يكون زوجا وأما وأختا لاب وأم هى خنثى فان قدرنا الخنثى أنثى كان للزوج النصف والام الثلث وللخنثى النصف والمسئلة من ستة وتعول الى ثمانية وان قدرناه ذكرا كان له الباقى بعد نصف الزوج وثلث الام وهو السدس وهو أقل فقدرناه ذكرا واذا ترك امرأة وأخوين لام وأختا لاب وأم هى خنثى للمرأة الربع ولبنى الاخياف الثلث فان قدرنا الخنثى أنثى ترث النصف تكون المسئلة من اثنى عشر وتعول الى ثلاثة عشر لها ستة من ثلاثة عشر وان قدرناه ذكرا كان له خمسة من اثنى عشر وهو أقل فقدرناه ذكرا ولو ماتت وتركت زوجا واختا لاب وأم وخنثى لاب كان للزوج النصف وللاخت لاب وأم النصف ولا شئ للخنثى وهذا معنى قول العلماء فى تفسير قوله أقل النصيبين أسوأ الحالين وهو مذهب عامة الصحابة

والاقل وهو ميراث الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فأثبتنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك فى وجوب المال بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو أن تكون الورثة زوجا وأما وأختا لاب وأم هى خنثى أو امرأة وأخوين لام وأختا لاب وأم هى خنثى فعندنا فى الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقى للخنثى وفى الثانية للمرأة الربع وللاخوين لام الثلث والباقى للخنثى لانه أقل النصيبين فيهما

تعليل ذلك لانه دعوى يخالف قضية الدليل فان مخالفة دعواه قضية الدليل انما يتصور فيما اذا كان قد علم انه مشكل فاذا كان معنى قوله فيما قبل اذا كان مشكلا اذا كان قد علم انه مشكل يكون معنى قوله هنا وان لم يكن مشكلا وان لم يعلم انه مشكل لانه هو المقابل لما قبله فيسقط النظر قطعا اذ لا يلزم من أن لا يعلم انه مشكل أن يعلم انه ليس بمشكل حتى يحكم بانه ذكر أو أنثى بلا حاجة الى قول نفسه بل يجوز أن لا يعلم أنه مشكل أم لا بان لا يعلم ظهور احدى العلامات ولا عدم ظهورها فحينئذ تتحقق الحاجة الى قول نفسه وهو مسئلة الكتاب هنا ومحل التعليل بقوله لانه أعلم بحاله من غيره فلا غبار فيه والعجب منه أنه بعد أن حسب معنى المقام ما يبتنى عليه نظره كيف أورد النظر على التعليل دون نفس المسئلة وهى أحق بوروده عليها على مدار فهمه معنى المقام بأن يقال لا معنى لهذه المسئلة لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بانه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك فما معنى قول المصنف وان لم يكن مشكلا ينبغى أن يقبل قوله (قوله الا أن يكون نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا) قال فى العناية وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن وما تجاوزنا عنه الى نصيب الذكر لان المال ابتداء لا يجب بالشك الا أن يصيب الخنثى أقل من نصيب الانثى ان قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن فى تلك الصورة لكونه متيقنا به انتهى أقول فيه نوع اختلال لان تفسيره مراد المصنف بقوله يعنى أوجبنا للخنثى ميراث الانثى المتيقن الخ يقتضى أن يكون قول المصنف الا أن يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن به قصرا عليه كما هو الظاهر والمصرح به فى غاية البيان فيخالف هذا قوله فى أول كلامه وهذا استثناء من قوله وهو ميراث الانثى متيقن به تدبر

﴿مسائل﴾

فان قيل اذا كان الخنثى ممن يتوهم استبانة أمره فى المآل كيف يكون حاله فى الميراث ما ذكره المصنف فى الكتاب قلت كأنه أشار الى ذلك فى أول البحث بقوله وهو أنثى عنده فى الميراث الا أن يتبين غير ذلك يشير الى أن الثلثين فى تلك المسئلة تدفع الى الابن والثلث الى الخنثى وعلى ذلك أكثرهم لان سبب استحقاق الابن لجميع المال معلوم وهو البنوة وانما ينتقص من ذلك لمزاحمة حق الغير وحيث جعلنا الخنثى أنثى مازحه الا فى الثلث فبقى ما وراء ذلك مستحقا له وهل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا هو على الخلاف المعروف أن القاضى اذا دفع المال الى الوارث المعروف لم يأخذ منه كفيلا فى قول أبى حنيفة وعندهما يحتاط فى أخذ الكفيل منه وقال بعضهم يحتاط فى أخذ الكفيل

(قوله استثناء من قوله وهو ميراث الانثى) أقول ينبغى أن يكون استثناء من قوله فأوجبنا المتيقن لان المراد المتيقن المعهود وهو ميراث الانثى وانما قلنا ينبغى أن يكون الخ لانه أقرب وأبعد عن التكلف فتأمل

منه ههنا عندهم جميعا وانما لم يجوز أبو حنيفة هناك للمجهول وهنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم يصون به القاضي قضاءه و ينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا لذلك فان تبين أن الخنثى ذكر استرد ذلك من أخيه وان تبين أنه أنثى فالمقبوض سالم للابن ومنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن و يوقف السدس الى أن يتبين أمره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى أن يتبين المستحق كما في الحمل والمفقود والله أعلم

﴿مسائل شتى﴾

قال (واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا رحمهم الله أن الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الأخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان وفي الآبدة عرفناه بالنص قال (واذا كان الاخرس يكتب كتابا أو يومئ ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له) أما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الاخرس أظهر وألزم

﴿مسائل شتى﴾

قد كانت عادة المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب ما شذ ذكره في الابواب السالفة من المسائل استدراكا للفائت و يترجمون تلك المسائل بمسائل شتى أو بمسائل متفرقة أو بمسائل منثورة فعمل المصنف هنا أيضا كذلك جريا على عادتهم (قوله واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد عليك بما في الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار فهو جائز) قال الشراح وانما قيد بقوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون ذلك منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم انتهى أقول فيه نظر لانه لما فسر الايماء برأسه في تقرير المسئلة بقوله أي نعم تعين أن وضعها فيما جاء منه دلالة الاقرار فلم يبق حاجة في تقريرجوابها الى قوله فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار بل كان يكفي قوله فهو جائز كما لا يخفى (قوله ولان التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت أما الاخرس فلا تفريط منه) أقول لا يذهب عليك أن هذا التعليل يقتضي أن لا يجوز اشارة المعتقل لسانه ولو امتد اعتقاله لان تأخير الوصية قد جاء من قبله هناك أيضا مع أنهم قالوا هذا بمنزلة الاخرس في الحكم كما صرح به المصنف فيما قبل آنفا ولعل صاحب الكافي تفطن له حيث طرح هذا التعليل من البين (قوله أما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا الخ) أقول فيه شئ وهو أن هذا يدل على بعض المدعى ولا يدل على بعضه الآخر

﴿مسائل شتى﴾

قد ذكرنا قبل هذا أن ذكر مسائل شتى أو مسائل منثورة أو مسائل متفرقة من دأب المصنفين لتدارك ما لم يذكر فيما كان يحق ذكره فيه قوله (فاذا جاء من ذلك ما يعرف أنه اقرار) يشير الى أن ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين أحدهما ما يكون ذلك منه دلالة الانكار مثل أن يحرك رأسه عرضا والثاني ما يكون منه دلالة الاقرار بأن يحرك رأسه طولا اذا كان منه معهودا في نعم وقوله (ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه) على بناء المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه وقوله (حتى لو امتد) أراد به سنة كذا ذكره التمرتاشي وروى عن أبي حنيفة أنه قال ان دامت العقلة الى وقت موته يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه بأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى وقوله (في الآبدة عرفناه بالنص) وهو ما روى عن رافع بن خديج أن بعيرا من ابل الصدقات ندفرماه رجل وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيأ من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه وقوله (ولا يحد) أي الاخرس (اذا قذف بالاشارة أو الكتابة ولا يحد له) اذا كان مقذوفا وقوله (وهو) أي العجز (في حق الاخرس أظهر منه في حق الغائب) لان الظاهر من حال الغائب الحضور والظاهر من حال الاخرس عدم زوال خرسه فلما قبل الكتاب في حق الغائب في ثبوت الاحكام مع رجاء الحضور فلأن يقبل في حق الاخرس مع اليأس عن زوال الخرس أولى

(قوله بأن يحرك رأسه طولا) أقول من فوق الى تحت وأما عكسه فدلالة الانكار

ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ماقالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة صريح الكناية فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم وأما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا فالقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالاشارة فى القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أنهم لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر فى كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان

بل يدل على خلافه فان المدعى أن كتابة الاخرس حجة فيما سوى الحدود وليست بحجة فى الحدود وهذا الدليل المذكور لا يدل على عدم كونها حجة فى الحدود اذ لا فارق فيه بين الحدود وماسواها بل يدل على كونها حجة فى الحدود أيضا اذا كانت مستبينة مرسومة باقتضاء قوله وهو بمنزلة النطق فى الغائب والحاضر على ماقالوا فانه اذا كان بمنزلة النطق فى حق الحاضر أيضا لم يكن حجة ضرورية فينبغى أن يكون حجة فى الحدود أيضا كما كان النطق حجة فيها أيضا فليتأمل فى المخلص (قوله وأما الاشارة فجعلت حجة فى حق الاخرس فى حق هذه الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد) أقول لقائل أن يقول من هذه الاحكام الطلاق على ماصرح به فى وضع المسئلة وهو من حقوق الله تعالى لان فيه تحريم الفرج وهو حق الله تعالى ولهذا لم تشترط الدعوى فى الشهادة عليه بالاتفاق كما لم تشترط فى الشهادة على عتق الامة أيضا بالاتفاق بناء على ذلك كما صرح به قاطبة ومر فى الكتاب أيضا فى باب عتق أحد العبدين من كتاب العتاق فان قلت ليس الطلاق من حقوق الله تعالى الصرفة بل فيه حق العبد أيضا لتعلق حق الزوجين به فجاز أن يكون مدار قول المصنف لانها من حقوق العباد على ذلك قلت مجرد تحقق حق العبد فى شئ لا يكفى فى كون اشارة الاخرس حجة فيه ألا ترى أن اشارته لا تكون حجة فى حق حد القذف مع أن فيه حق العبد وهو دفع العار عن المقذوف كما أن فيه حق الله تعالى بل لابد فى كون اشارته حجة من أن يكون الحكم من حقوق العباد فقط أو مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى كالقصاص لا مما غلب فيه حق الله تعالى على حق العبد كحد القذف عند عامة علمائنا على ماعرف فى موضعه وكون الطلاق مما غلب فيه حق العبد على حق الله تعالى ممنوع كيف ولو كان كذلك لما قبلت الشهادة عليه بدون الدعوى فان الدعوى شرط فى قبول الشهادة فى حقوق العباد حتى ان مطالبة المقذوف شرط فى ثبوت حد القذف وان كان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا ولهذا لا يصح عفو المقذوف ولا يجوز الاعتياض عنه ولا يجرى الارث فيه عندنا كما مر فى الحدود فما ظنك بعدم اشتراط الدعوى فى ثبوت الطلاق لو كان حق العبد فيه غالبا على حق الله تعالى تفكر (قوله وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة) أقول فيه بحث أما أولا فلان ماذكره هنا من جواز ثبوت القصاص مع الشبهة يخالف لما صرح به فيما مر

وقوله (ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين) احتراز عن غير المستبين وهو الكتاب على الهواء والماء مرسوم أى معنون أى مصدر بالعنوان وهو أن يكتب فى صدره من فلان الى فلان وبما ذكرنا علم الاقسام الثلاثة والحكم فى كل منها ماذكره وقوله (وينوى فيه) أى يطلب منه النية فيه وقوله (لانه بمنزلة صريح الكناية) أى الكناية القولية كقوله أنت بائن وأمثاله وقوله (ولا تختص بلفظ دون لفظ) فانه كما يثبت بالعربى يثبت بغيره (وقد تثبت بغير لفظ) أى بفعل يدل على القول كالتعاطى وقوله (ويحتمل أن يكون الجواب هنا كذلك) أى لا يكون حجة (فيكون فيهما) أى فى الاخرس والغائب الغير الاخرس روايتان

(قال المصنف ثم الفرق بين الحدود والقصاص الى قوله لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات) أقول وقد صرح فى أوائل الجنايات أن الشبهة تؤثر فى سقوط القصاص

ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب فى الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ماتوهمه بعض أصحابنا رحمهم الله أنه لاتعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال أشار أو كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفى الكتابة زيادة بيان لم يوجد فى الاشارة وفى الاشارة زيادة أثر لم يوجد فى الكتابة لما انه أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا (وكذلك الذى صمت يوما أو يومين لعارض) لما بينا فى المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان

فى عدة مواقع منها كتاب الكفالة فانه قال فيه فلا تجوز الكفالة بالنفس فى الحدود والقصاص عند أبى حنيفة لان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ومنها كتاب الشهادات فانه قال فيه ولا تقبل فى الحدود والقصاص شهادة النساء لان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ثم قال فيه فى باب الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة عندنا فى كل حق لا يسقط بالشبهة ولا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ومنها كتاب الوكالة فانه قال فيه وتجوز الوكالة بالخصومة فى سائر الحقوق وكذا بايفائها واستيفائها الا فى الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته ومنها كتاب الدعوى فانه قال فيه فى باب اليمين ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقر وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لزمه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة فلا يثبت به القصاص ويجب به المال ومنها كتاب الجنايات فانه صرح فيه فى مواضع كثيرة منه بعدم ثبوت القصاص بالشبهة بل جعلها أصلا مؤثرا فى سقوط القصاص وفرع عليه كثيرا من مسائل سقوط القصاص بتحقق نوع من الشبهة فى كل واحد منها كما لا يخفى على الناظر فى تمام ذلك الكتاب وأما ثانيا فلأن قيد الخالصة فى قوله أما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر مستدرك بل مخل ههنا فان حد القذف غير خالص لله تعالى بل فيه حق الله تعالى وحق العبد كما صرحوا به مع أنه أيضا زاجر لا يثبت بالشبهة ولا تكون اشارة الاخرس حجة فيه أيضا كما صرح به فيما مر آنفا فلا يتم التقريب بالنظر اليه على التقييد المزبور (قوله ودلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة الى قوله لانه جمع هنا بينهما فقال أشار أو كتب) قال صاحب الغاية ولنا فى دعوى الجمع بينهما نظر لانه قال فى الجامع الصغير واذا كان الاخرس يكتب أو يومئ وكلمة أو لاحد الشيئين لا للجمع على أنا نقول قال فى الأصل وان كان الأخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف فى نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه فهو جائز فيعلم من اشارة رواية الاصل أن الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط أن لا يكتب فافهم الى هنا لفظه أقول نظره ساقط جدا اذ ليس مراد المصنف بالجمع بينهما الجمع بينهما فى كل مادة من مواد اعلام الاخرس بل مراده الجمع بينهما فى جواز اعلام الاخرس مراده بأى واحد منهما ولا شك فى دلالة كلمة أو على هذا المعنى لانها لاحد الامرين بلا تعيين فاذا أتى الاخرس بأى واحد منهما على انفراده يتحقق الاتيان باحد الامرين ويجوز ذلك بحسب الشرع أى يقبل ويعمل به بموجب قول محمد فى جواب هذه المسئلة فهو جائز وأما علاوته التى ذكرها بقوله على أنا نقول الخ فليست بشئ أيضا لان مراد المصنف دلالة مسئلة الجامع الصغير على استواء الاشارة والكتابة من الاخرس ومعنى قوله لانه جمع ههنا بينهما أنه جمع فى الجامع الصغير بينهما كما صرح به الشارح المذكور حيث قال

وقوله (لانه) أى الاشارة على تأويل المذكور وقوله (لانه) أى محمدا (جمع هنا) أى فى الكتاب (بينهما) بقوله يكتب كتابا أو يومئ ايماء وقوله (وفى الكتابة زيادة بيان لم توجد فى الاشارة) لان فضل البيان فى الكتابة معلوم حسا وعيانا حيث يفهم منه المقصود بلا شبهة بخلاف الاشارة فان فيها نوع ابهام (وفى الاشارة زيادة أثر لم توجد فى الكتابة لانه) أى الاشارة (أقرب الى النطق من آثار الاقلام) لان العلم بالكتابة انما يحصل بآثار الاقلام وهى منفصلة عن آثار المتكلم وأما العلم الحاصل بالاشارة فحاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده أو رأسه والمتصل بالمتكلم أقرب اليه من المنفصل عنه فكان أولى بالاعتبار وقوله (وكذا الذى صمت يوما أو يومين) عطف على قوله ولا يجوز ذلك فى الذى يعتقل لسانه أى لا يجوز اقراره بأن أومأ برأسه أى نعم أو كتب

قال (واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة أكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم المسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا

في شرح قوله لانه جمع هنا بينهما أي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة ولا ريب أن هذا لا ينافي اشارة مسئلة الاصل الى أن اشارة الاخرس لا تعتبر مع القدرة على الكتابة غاية الامر أن يكون في المسئلة روايتان ومثل ذلك كثير فان قلت فعلى هذا كيف يتم قول المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة فان ما ذهب اليه ذلك البعض من أصحابنا يكون حينئذ مبنيا على رواية الاصل فما معنى نسبة التوهم اليهم قلت مراد المصنف بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة أصلا أي في رواية ما ولك أن تقول يجوز أن يكون نسبة التوهم اليهم بالنظر الى الدراية دون الرواية تأمل (قوله واذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وان كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يأكل) قال في العناية أخذا من النهاية طولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز التحري هنالك فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له أن يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلاته لانه مضطر الى الصلاة فيها بخلاف ما نحن فيه من الغنم ويؤيده أن الرجل اذا لم يكن معه الا ثوب نجس فان كان ثلاثة أرباعه نجسا وربعه طاهر يصلي فيه ولا يصلي عريانا بالاجماع فلما جازت صلاته فيه وهو نجس بيقين فلأن تجوز بالتحري حالة الاشتباه أولى انتهى أقول لا الشبهة شئ ولا الجواب عندي أما الاول فلان تجويز التحري فيما اذا كان الثوب النجس والطاهر نصفين انما هو في حالة الاضطرار بان لا يكون معه ثوب غيرهما كما صرحوا به وعدم تجويزه فيما اذا كانت الميتة والذكية نصفين انما هو في حالة الاختيار كما صرحوا به في شروح الجامع الصغير وصرح به المصنف هنا بقوله وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك فلا تتوجه المطالبة بالفرق بين المسئلتين رأسا لظهور اختلاف حكمي حالتي الاختيار والاضطرار قطعا وأما الثاني فلان ما ذكر فيه لا يقتضي كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها لان جواز الصلاة في بعض الثياب عند كون كلها نجسة وعدم لزوم اعادة الصلاة اذ ذاك انما هو في حالة الاضطرار كما أفصح عنه المجيب بقوله لانه مضطر الى الصلاة فيها او كون ما نحن فيه من الغنم بخلاف ذلك انما هو في حالة الاختيار كما تحققته فمن أين يثبت كون حكم الثياب أخف من حكم غيرها مطلقا حتى يصلح أن يجعل مدار الفرق بين تينك المسئلتين

وقوله (واذا كانت الغنم مذبوحة الخ) ظاهر وطولب بالفرق بين هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان معه ثوبان أحدهما نجس والآخر طاهر ولا يميز بينهما وليس معه ثوب غيرهما فانه يتحرى ويصلي في الذي يقع تحريه أنه طاهر فقد جوز التحري هنالك فيما اذا كان الثوب النجس والثوب الطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز وأجيب بأن وجه الفرق هو أن حكم الثياب أخف من غيرها لان الثياب لو كانت

لان القليل لايمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع منه
فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل
الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين
أو كانت الميتة أغلب لانه لاضرورة
فيه والله أعلم بالصواب واليه
المرجع والمآب
تم

(قال مؤلف الكتاب رحمه الله) هذا آخر ما تيسر لنا من شرح الهداية بتوفيق من الله وهدايه
ألفته مع توزع الخاطر وتشتت البال من تراكم الهموم وكثرة البلبال وسميته
نتائج الأفكار في كشف الرموز والاسرار لاشتماله على ثلاثة آلاف من
التصرفات التي لم يسبقني اليها أحد من الثقات ذلك فضل الله يؤتيه
من يشاء فله الحمد والمنة وله الكبرياء ربنا آتنا في الدنيا حسنة
وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ربنا فاغفر
لنا ذنوبنا وكفر عنا سيآتنا
وتوفنا مع الابرار وصلى الله
على سيدنا محمد وعلى
آله وصحبه
والانصار
تم

كلها نجسة كان له أن يصلي
في بعضها ثم لا يعيد صلاته
لانه مضطر الى الصلاة فيها
بخلاف ما نحن فيه من الغنم
ويؤيده أن الرجل اذا لم
يكن معه الاثوب نجس فان
كان ثلاثة أرباعه نجسا
وربعه طاهر يصلي فيه
ولا يصلي عريانا بالاجماع
فلما جازت صلاته فيه وهو
نجس بيقين فلأن تجوز
بالتحري حالة الاشتباه
أولى والله سبحانه
وتعالى
أعلم

﴿ يقول المتوسل بجاه المصطفى الفقير الى الله تعالى محمود مصطفى خادم التصحيح بدار الطباعة العامره ببولاق مصر القاهره ﴾

الحمد لله الذى فقه فى دينه من أهل الهداية من أراد به خيرا ولحظه بعين العناية وأجزل له من فضله مثوبة وأجرا والصلاة والسلام على أشرف الخلائق أفضل من بين الحق وأوضح الطرائق سيدنا محمد الذى فتح له القدير من المدن والقرى والبوادى كل عسير وعلى آله وأصحابه الباذلين مهجهم فى نصرته المتمسكين بنهجه وسيرته وعلى التابعين لهم سيما المجتهدين الذين أسسوا الدين وأصلوا قواعده وشيدوا مبانيه وعقلوا شوارده ﴿ أما بعد ﴾ فقد تم طبع الكتب الجليلة الشان الواضحة المنار المشيدة الاركان الجامعة غرر الاحكام الشرعيه والمباحث الدينية الفقهيه على مذهب الامام الاعظم أبى حنيفة النعمان رحمه الله وجعل متقلبه فسيح الجنان وهى الهداية وشروحها التى تسر بتحقيقها ذوى الالباب وتسلك بقارئها سبيل الصواب أسبغ الله على مؤلفيها غيث احسانه وأفاض عليهم شآبيب رضوانه وكان طبعها على ذمة كل من الفاضل الفطن النبيه جناب محمد بيك عبد الواحد الطوبى المحترم المكرم السيد ابراهيم أخيه التاجرين فى الكتب العربيه بمصر القاهرة المعزيه لازالا ظافرين بالامانى رافلين فى حلل التهانى ﴿ فى ظل الحضرة الفخيمة الخديويه وعهد الطلعة المهيبة البهيه من أفاض على رعيته غيث الانعام وشملهم بنظر الرأفة والاكرام المحفوظ بالسبع المثانى أفندينا عباس باشا حلمى الثانى لازال مسرور الفؤاد بولى عهده شمس سماء مجده وسعده ملحوظا هذا الطبع الباهى والرونق الجميل الزاهى بنظر من عليه جميل أخلاقه يثنى حضرة وكيل المطبعة محمد بك حسنى وكان تمام طبعه وانجلاء بدره وكمال ينعه بالمطبعة العامرة ببولاق الطائر صيتها فى سائر الآفاق فى أوائل شهر رمضان من عام ثمانية عشر بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلقه الله على أكمل وصف عليه أفضل الصلاة وأتم السلام مالاح بدر تمام وفاح مسك ختام

تم

﴿ وقرظه مؤرخا لتمام طبعه حضرة صديقنا الفاضل الكامل الاديب الاريب الشيخ طه محمود أحد فضلاء المصححين فقال ﴾

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله الذى خص عزيز العناية من فقههم فى الدين وجعل بأيديهم فتح أبواب الهداية للمستفتحين المستهدين والصلاة والسلام على أبى ابراهيم المبعوث بملة أبيه ابراهيم سيدنا محمد المؤيد من الذكر الحكيم بما فيه الكفاية للقلب العليم والفهم السليم وعلى آله وصحبه الباذلين نفوسهم فى حبه (أما بعد) فان من حسنات الدهر ومحاسن هذا العصر تسهيل السبيل الى طبع هذا المطبوع الجليل الذى هو أحق مطبوع بأن تشد اليه

الرجال وأحسن مجموع تنتهي بتحصيله الآمال وكيف لا وما رأينا ولا نرى مثله ولا ما يقاربه في الجملة أكرم به مجموعا مفردا وكتابا جاء بالبينات والهدى جمع من الكتب المعول عليها والاصول المرجوع اليها في مذهب هذا الامام العظيم أبي حنيفة النعمان بوأه الله دار النعيم ما يغني الفقيه عن ملء الخزائن وشحن السفائن وما يكون للمفتي ضياء اذا أشكلت المسائل وللقاضي شفاء اذا أعضلت النوازل

فدع كل صوت دون صوتي فانني * أنا الصائح المحكي والآخر الصدى

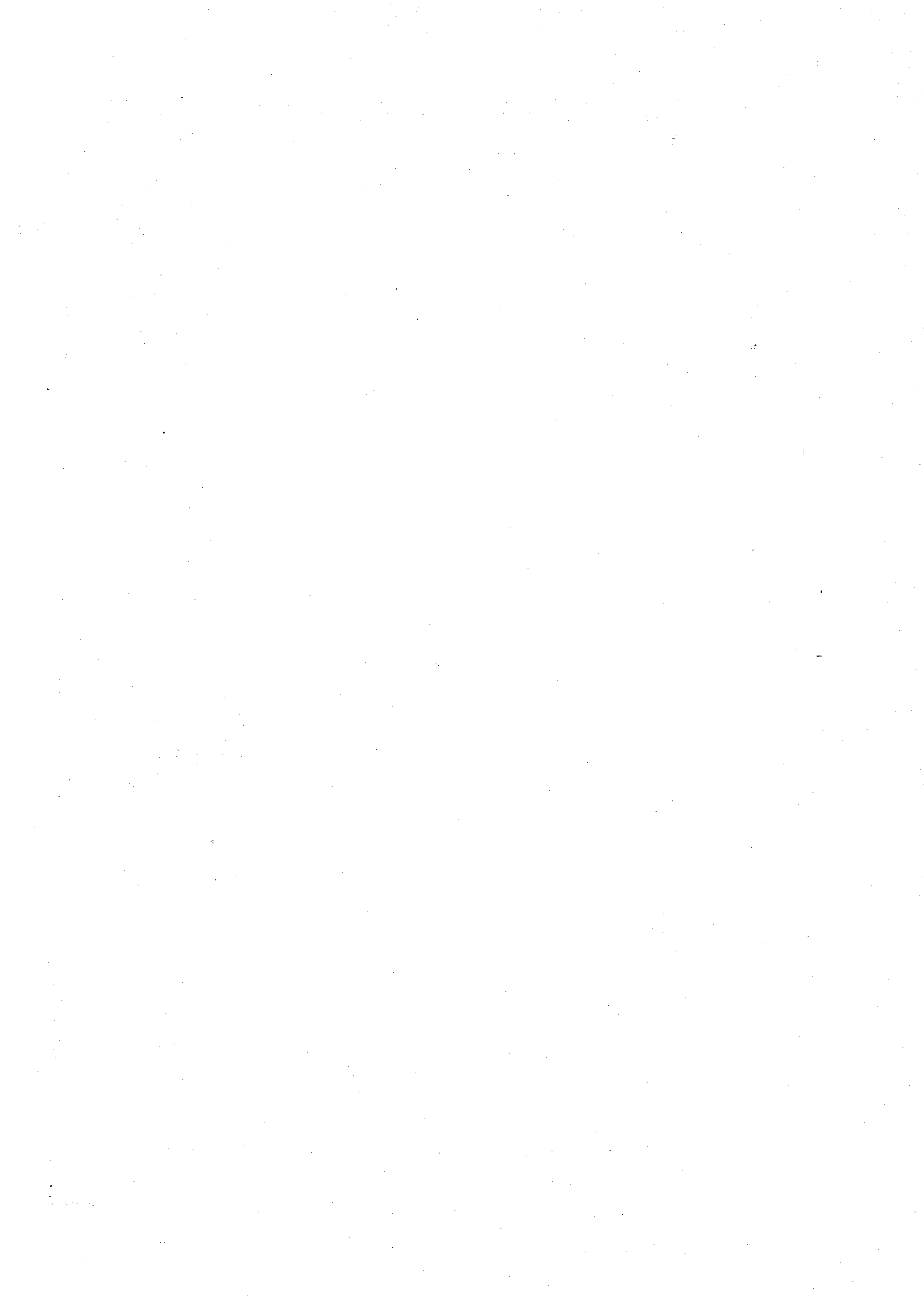
فهو لعمر الله البغية المقصوده والضالة المنشوده التي طالما عزت على الطلاب وكانت أبعد من الثريا على أولي الالباب أليس هو الكتاب الذي أيد الفروع بالاصول وعزز المنقول بالمعقول وبسط من تحقيق المذاهب ما أتاح المواهب وأزاح الغياهب فليس قاصر المزيه على السادة الحنفيه بل يجد فيه غير الحنفيه مطلبهم وقد علم كل أناس مشربهم وبالجملة فهو المطبوع الذي عظمت به النعمه وكان أعدل شاهد لمن سعى في طبعه بعلو الهمه وصدق القصد في نفع الامه وهو حضرة الهمام الكريم السيد عبد الواحد بك الطوبي وشقيقه السيد ابراهيم لا زالت مقاصدهما ناجحه وتجارتهما رابحه ولما تم طبعه انطلق لسان الحال بقرظه مؤرخا فقال

للحق أنصار أقاموا قاعده * دين النبي بهم رفيع القاعده
جعلوا كتاب الله نصب عيونهم * وقفوا مصادر هديه وموارده
وقضوا به حتى قضوا فأفادهم * إعزازهم للشرع أعظم فائده
حاطوا الشريعة بالبراهين التي * أضحت بها ريح الضلالة راكده
لا تغترر برواج أحكام الهوى * فرواجها عند العقول الكاسده
أترى النبي أتى بشرع ناقص * والله أكمله بنص المائده
فاسلم بدينك وارض بالحكم الذي * شرع الاله ولا تمار معانده
أرأيت مثل الشافعي ومالك * وأبي حنيفة والسراة الماجده
عملا واخلاصا وبذل نصيحة * للدار تبقى لا لدار بائده
وقفوا حياتهم على إحيائهم * للناس أعلام الهدى ومعاهده
صلح الزمان بهم فكانوا ملحه * ومضوا فمن للعيش يصلح فاسده
تالله ما ماتوا وذي آثارهم * ضمنت لهم طيب الحياة الخالده
أوليس من آثارهم فتح به * نلت الهداية بعد اذ هي آبده
إن الهداية لهي خير مؤلف * في الفقه لينت الصلاب الجامده
وشروحها شرحت صدور أولي النهى * لا سيما الفتح الجزيل العائده
فاشكر يدا بجميل طبع ساعدت * ما كل كف بالجميل مساعده
واحمد إلهك أن هداك مؤرخا * فتح القدير به الهداية زائده

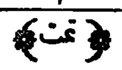
٤٨٨ ٣٤٥ ٧ ٤٥١ ٢٧

سنة ١٣١٨

كتبه الفقير اليه سبحانه
طه محمود بالمطبعة
الاميريه



(فهرست الجزء الثامن من تكملة فتح القدير)


تمت